# Ausscheiden von Mitgliedern aus der offenen Handelsgesellschaft.

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

**Karl Erich Böhmer**

Referendar in Kirchberg i. Sa.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0096

Meinem lieben Onkel,

**Herrn Landgerichtsrat Dr. Böhmer,**

in Dankbarkeit gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

I. Einleitung . . . . . 1
§ 1. II. Zweck und Gründe des Ausscheidens . . . . . 4
III. Begriff und Voraussetzung des Ausscheidens.
§ 2. A. Begriff . . . . . 6
B. Voraussetzungen.
§ 3. a) 1. Vertragskausel über den Fortbestand der Gesellschaft und 7
§ 4. α) Kündigung . . . . . 11
§ 5. β) Tod eines Gesellschafters . . . . . 15
§ 6. γ) Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters . . . . . 15
§ 7. 2. Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters . . . . . 16
§ 8. 3. Kündigung durch den Ehemann einer Gesellschafterin 23
§ 9. 4. Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters . . . . . 25
§ 10. 5. Ausschließung auf Grund richterlichen Erkenntnisses 26
§ 11. b) Zurückbleiben von mehreren Gesellschaftern . . . . 34
§ 12. IV. Zeitpunkt des Ausscheidens . . . . . 36
V. Wirkungen des Ausscheidens im allgemeinen.
§ 13. 1. Fortbestehen der Gesellschaft; Ausschluß des Ausgeschiedenen von Vertretung und Geschäftsführung 37
§ 14. 2. Eintragung ins Handelsregister . . . . . 39
§ 15. 3. Die Firma . . . . . 43
§ 16. 4. Erlöschen des Konkurrenzverbotes . . . . . 46
§ 17. 5. Einfluß des Ausscheidens auf schwebende Prozesse 47
VI. Wirkungen des Ausscheidens im Rahmen des inneren Rechtsverhältnisses der offenen Handelsgesellschaft in vermögensrechtlicher Beziehung.
A. Beziehungen des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft zum Gesellschaftsvermögen.
§ 18. 1. Rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens . . . 50
§ 19. 2. Die Geschäftsanteile des einzelnen Gesellschafters im allgemeinen . . . . . 53
§ 20. B. Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Ausgeschiedenen im allgemeinen . . . . . 57
C. Rechte und Pflichten des Ausgeschiedenen der Gesellschaft gegenüber.
§ 21. 1. Die Rechte . . . . . 59
§ 22. 2. Die Pflichten . . . . . 69
§ 23. VII. Wirkungen des Ausscheidens im Rahmen des äußeren Rechtsverhältnisses der offenen Handelsgesellschaft in vermögensrechtlicher Beziehung . . . . . 72

# Literaturverzeichnis.


Annalen des königl. sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. XVIII, XX.

**Anschütz, Dr. Aug.** und **Völderndorff, Dr. Frhr. v.**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Erlangen 1870.

Archiv für bürgerliches Recht von Dr. J. Kohler und V. Ring. V, XIX. Berlin.

Archiv für zivilistische Praxis. Tübingen und Leipzig. Bd. 91.

**Baron, Dr. J.**, Pandekten. 8. Aufl. Leipzig 1893.

**Behrend, Dr. J. Fr.**, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1896.

**Bolze, A.**, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

**Buch, F. B.**, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. VIII, IX, XVII. Leipzig.

**Cosack, Konrad**, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

**Dahn**, Deutsches Rechtsbuch. 1877.

**Dahn**, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.

**Dernburg, Dr. Heinrich**, Das bürgerliche Recht. Bd. 2: Die Schuldverhältnisse. Halle 1906.

**Dernburg, Dr. Heinrich**, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1897.

Deutsche Juristenzeitung. VII.

**Düringer, Dr. A.** und **Hachenburg, Dr. W.**, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Mannheim 1899.

**Endemann, Dr. W.**, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. XXIV, XIII.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt vom Reichsjustizamt. 1901. II.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten nebst Motiven. Berlin 1857.

**Fischer, Dr. Otto**, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs. V, VII, XII. Jena.

**Gareis, Dr. Carl** und **Fuchsberger, Otto**, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

**Gareis, Dr. Carl**, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

**Gaupp, Dr. L.** und **Stein, Friedrich**, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen und Leipzig 1904.

**Gelpke, W.**, Zeitschrift fur Handelsrecht. II. 1852.

**Gierke, Otto**, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

**Goldmann, Samuel**, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. II. Berlin 1905.

**Goldmann, Dr. L.**, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

**Gruchot, Dr. J. A.**, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

**Hahn, Dr. Friedrich Frhr. v.**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Braunschweig 1877.
**Hergenhahn, Theodor und Tuchatsch, Dr.**, Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.
**Hertzer, Werner**, Verpflichtungen und Rechte des ausgeschiedenen oder ausgestoßenen Sozius gegen die offene Handelsgesellschaft. Diss. Erlangen 1898.
**Holdheim, Dr. Paul**, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. XI.
**Jaeger, Dr. Ernst**, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Freiburg i. B. und Leipzig 1897.
**Johow, Reinhold**, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Dr. L. Kuhlenbeck.
**Keyßner, Hugo**, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft. Berlin 1870.
**Knoke, Dr. Paul**, Das Recht der Gesellschaft. Bei Fischer, Abhandlungen VII, Jena 1901.
**Kohler, Dr. Josef**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.
**Kohler, Dr. J.**, Recht des Markenschutzes. Berlin 1885.
**Kohler, Dr. J.**, Über den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. 1. Beigabe zum Leitfaden des deutschen Konkursrechts.
**Lastig, Gustav**, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. Halle 1900.
**Lehmann, K. und Ring, B.**, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.
**Lutz, J.**, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Würzburg 1858.
**Makower, F.**, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1898. 12. (1.) Aufl.
**Matthiaß, Dr. Bernhard**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1888.
**Mugdan, B.**, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. 1897.
**Neumann, Dr. Hugo**, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Berlin 1905.
**Oertmann, Dr. Paul**, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
**Petersen, Dr. Julius**, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Lahr 1904.
**Planck, Dr. G.**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. 1. und 2. Aufl. Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1898.
**Puchelt, Dr. Ernst Sigismund und Förtsch, A.**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1893.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (von Mugdan, B. und Falkmann, R.) auf dem Gebiete des Zivilrechts. VI, IX.
**Renaud, Achilles**, Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. I, X, XII.
**Seufferts** Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
**Sohm, Rudolf**, Der Gegenstand. Leipzig 1905.
**Staub, Dr. Hermann**, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1899.
**Staubs** Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Heinrich Könige, Dr. Josef Stranz und Albert Pinner. 8. Aufl. Berlin 1906.
**Staudinger, J. v.**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. II. München 1906.
**Thöl, Dr. Heinrich**, Das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1875.
**Türke, Dr. R. v., Niedenführ, K. und Winter, Dr. P.**, Das bürgerliche Recht für den Handgebrauch in der Praxis. 2. Aufl. Leipzig 1904.

**Wach, Dr. Adolf,** Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Leipzig 1885.
**Weßberge, E.,** Die Rechtsstellung des aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen oder ausgestoßenen Mitgliedes. Diss. Göttingen 1895.
**Wilmowski, Dr. G. v.,** Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.
**Windscheid,** Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1879.

---

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905, Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

# I. Einleitung.

Von außerordentlicher Wichtigkeit für den Handel ist die Betätigung des menschlichen Assoziationstriebes geworden; durch Vereinigung mehrerer Personen sucht man Ziele von solcher Ferne und Großartigkeit zu erreichen, die die Lebens- und Willenskraft des einzelnen weit überdauern. Wollte man diesen Vereinigungen die Möglichkeit bieten, solche Ziele zu erreichen, so mußte ihnen eine über das Leben des einzelnen hinausreichende Unvergänglichkeit gegeben und sie von den Geschicken ihrer einzelnen Mitglieder unabhängig gemacht werden. Bei den Kapitalgesellschaften, wie z. B. der Aktiengesellschaft hat denn auch dieser Gedanke durch Verleihung der juristischen Persönlichkeit den Sieg davongetragen, aber auch bei den Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, insbesondere der offenen Handelsgesellschaft, hat die moderne Entwicklung den Gesetzgeber dazu gedrängt, anzuerkennen, daß die Persönlichkeit des einzelnen nicht in erster Linie wesentlich für den Fortbestand der Gesellschaft ist, und ihn Mittel und Wege finden lassen, sie mit dem über die Lebensdauer ihrer Mitglieder hinaus verfolgten Zweck gleichlebig zu machen.

Das römische Recht ging von der Ansicht aus, daß die Gesellschaft ein Rechtsverhältnis sei, für welches die Individualität ihrer Mitglieder von ausschlaggebender Bedeutung sei. Deshalb sei ihr Bestand auch von der Individualität ihrer Mitglieder abhängig. Diesen Grundsatz hat es mit aller Strenge durchgeführt und demgemäß auch den Eintritt der Erben in die Gesellschaft für unzulässig erklärt. Mit dem Ausscheiden eines Mitgliedes erlischt im römischen Recht die Gesellschaft, sie besteht nicht etwa zwischen den übrigen Gesellschaftern fort.[1])

Der preußische Entwurf, aus dem die diesbezüglichen Artikel des alten Handelsgesetzbuchs hervorgegangen sind, steht ebenso noch prinzipiell auf dem Standpunkte, daß die Gesellschaft mit dem Eintritt der sogen.

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 537 „Beschließen nach dem Wegfalle eines Gesellschafters die übrigen in Gesellschaft zu bleiben, so ist das Begründung einer neuen Gesellschaft, nicht Fortsetzung der alten"; vgl. l. 58 § 3 D. h. t.; Baron 8. Aufl. S. 538 § 302, 1; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 350 f. § 128, 1 u. 4; RG. Urt. v. 16. 6. 1882 Bd. 7 S. 122.

auflösenden juristischen Tatsachen ipso jure aufgelöst wird.[2]) Für die Auseinandersetzung wird der Fortbestand der Gesellschaft während der Dauer der Auflösung fingiert.[3]) In der Erkenntnis, daß dieser Grundsatz der notwendigen Auflösung oft zu Unzuträglichkeiten führen wird, gestattet er dann ein Fortbestehen der Gesellschaft trotz des Ausscheidens eines Mitgliedes, aber nur unter besonderen Umständen, nur ausnahmsweise.[4])

Das alte Handelsgesetzbuch läßt die Fiktion des Fortbestehens der Gesellschaft nach Eintritt der sogen. Auflösungsgründe fallen; diese sind ihm nur dem Namen nach noch solche und lösen den Personenverband nicht sofort auf, sondern „bewirken nur den Fortfall der werbenden Grundlage im Betriebe der Gemeinwirtschaft mit dem Ziele der Aufhebung der Wirtschaft für gemeinschaftliche Rechnung und lösen einen Anspruch des einzelnen Gesellschafters aus auf Ausantwortung des ihn treffenden Anteils des Reinvermögens der Gesellschaft".[5])[6])

Unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs wurde von vielen noch die Ansicht vertreten, daß nach Eintritt der sogen. Auflösungsgründe die Gesellschaft nicht mehr fortgesetzt werden könnte, es sei vielmehr nur die Errichtung einer neuen Gesellschaft auf der alten Grundlage möglich. Diese Meinung fand ganz besonders für den Fall des Gesellschaftskonkurses Anhänger.[7]) Der schon von einzelnen[8]) vertretenen gegen-

---

[2]) Mot. z. preuß. Entw. S. 64: „Die offene Handelsgesellschaft wird immer mit besonderer Berücksichtigung der Individualität der einzelnen Teilnehmer eingegangen. Es folgt daraus, daß mit dem Fortfall auch nur eines derselben die bisherige Gesellschaft rücksichtlich aller Gesellschafter aufgehoben wird, denn durch das Ausscheiden auch nur eines Mitgliedes ist die ganze Gesellschaft zu einer wesentlich anderen geworden. Hiernach kann die Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich nur eine totale, rücksichtlich aller ihrer Mitglieder eintretende sein; eine partielle, nur auf einzelne Gesellschafter sich beschränkende Auflösung entspricht dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft nicht und darf deshalb nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen als zulässig erkannt werden."

[3]) S. 70: „Mit dem Moment der Auflösung hört dieselbe streng genommen auf zu bestehen. Es gewährt indessen für die Liquidation selbst die erheblichsten Vorteile und entspricht auch der Ansicht des Handelsstandes, die Fortdauer der Gesellschaft, soweit es die Liquidation betrifft, bis zur tatsächlichen Beendigung der Auseinandersetzung zu fingieren."

[4]) vgl. Anm. 2.

[5]) Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften S. 14, 44.

[6]) Diese Frage, der besonders Lastig zum Siege verholfen hat, war in Literatur und Judikatur sehr bestritten. Vielfach stützte man sich auf den starren Wortlaut Art. 123 des alten HGB.; § 131 HGB.: „wird aufgelöst", und faßt deshalb die Auflösung als Momentakt: „extincta est societas"; vgl. Annalen des königl. sächs. OLG. Bd. 18 S. 249 und die dort zit. Literatur. „Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft ist nicht gleichbedeutend mit Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses."

[7]) Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft S. 13; Puchelt-Förtsch S. 268; Renaud S. 491; Hergenhahn-Tuchatsch S. 288; Denkschr. S. 102, bei Mugdan S. 274.

[8]) Behrend S. 594.

teiligen Ansicht wurde erst durch die Rechtsprechung zum Siege verholfen.[9])

Für den Fall des Ausscheidens eines oder mehrerer Mitglieder aus der Gesellschaft geht das alte Handelsgesetzbuch weiter als der preußische Entwurf und läßt allgemein nicht mehr „ausnahmsweise unter besonderen Umständen" die Vertragsbestimmung zu: „daß ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Mitglieder die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden solle" mit der Wirkung, daß die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden endigt, im übrigen aber mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht.[10]) Dabei geht das alte Handelsgesetzbuch von der Ansicht aus, daß die eigentlich aufgelöste Gesellschaft nachträglich fortgesetzt wird.

Unter der Geltung des neuen Handelsgesetzbuchs ist die Frage, ob die Gesellschaft mit dem Eintritt der sogen. Auflösungsgründe sofort aufgelöst werde oder ob zunächst nur ihrer produktiven Seite ein Ende gesetzt wird, im letzten Sinne besonders von der Judikatur allgemein entschieden worden.[11]) Die für das alte Handelsgesetzbuch nicht unbestrittene Frage, inwieweit eine bereits aufgelöste Gesellschaft auf Grund der Vereinbarung sämtlicher Gesellschafter „fortgesetzt" werden kann, hat im neuen Handelsgesetzbuch gesetzliche Regelung dahin gefunden, daß auch nach Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft ihre Fortsetzung beschlossen werden kann.[12])

Das neue Handelsgesetzbuch betont im allgemeinen die durch den Eintritt der Auflösungsgründe erfolgte Auflösung, wenn man dies überhaupt so bezeichnen darf, nicht in dem Maße wie das alte Handelsgesetzbuch.[13]) So hatte z. B. das alte Handelsgesetzbuch die Fortdauer der Gesellschaft nur für den Fall angenommen, daß es nach der sogen. Auflösung zum Liquidationsverfahren kommt; die für das alte Handelsgesetzbuch bestrittene Frage, ob dies auch anzunehmen ist, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren, regelt das neue Handelsgesetzbuch in bejahendem Sinne.[14])

Wie wir nach dem Ausgeführten im neuen Handelsgesetzbuch zugunsten der Ansicht, daß mit dem Eintritte der sogen. Auflösungsgründe nur die produktive Seite der Gesellschaft endigt, die Gesellschaft bis zur

---

[9]) ROHG. Bd. 16 S. 284ff.; RG. Bd. 28 S. 132/33 und die dort zitierten Entscheidungen.

[10]) Art. 127 altes HGB.

[11]) vgl. Rechtspr. d. OLG. 1904 Bd. 9 S. 258: „Durch die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft wird zunächst nur ihrer produktiven Seite ein Ende gesetzt. Dagegen bleibt sie für den Zersetzungszweck bis zu dessen Erfüllung noch fortbestehen."

[12]) § 144 HGB.; vgl. Anm. 7—9 S. 2—3.

[13]) vgl. den Sprachgebrauch in Art. 137 altes HGB. und § 149 HGB.; Art. 144 altes HGB. und § 156 HGB.

[14]) Denkschr. S. 108, bei Mugdan S. 279.

endgültigen Auseinandersetzung aber fortbesteht, wesentliche Fortschritte finden, so ist der Gesetzgeber auch für den Fall des Ausscheidens eines Mitgliedes aus der Gesellschaft weitergegangen, indem er die Auffassung, daß die eigentlich aufgelöste Gesellschaft nur eine nachträgliche Fortsetzung nimmt, fallen läßt und in § 138 bestimmt: „ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, . . . so „scheidet" mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereignis eintritt, „aus der Gesellschaft aus", also ausdrücklich erklärt, daß eine Auflösung nicht stattfindet.[15])

Bei Durchbrechung des römischen Prinzips der notwendigen Auflösung ist der Gesetzgeber nicht stehen geblieben, vielmehr tritt in den diesbezüglichen Paragraphen die Absicht zutage, die Gesellschaft nach Möglichkeit in ihrem Fortbestande zu schützen und sie nicht von der Willkür eines Gesellschafters abhängig zu machen.[16]) Am deutlichsten ist dies bei der unten zu erörternden vermögensrechtlichen Auseinandersetzung erkennbar, wo entschieden die Vorteile der Gesellschaft in erhöhtem Maße gewahrt werden als die des ausscheidenden Gesellschafters.[17])[18]) Dieses Moment wird auch bei Betrachtung der sich an unsere Materie knüpfenden Streitfragen besondere Beachtung verdienen.

§ 1.

## II. Zweck und Gründe des Ausscheidens.

Die Möglichkeit, das Handelsunternehmen zugunsten der nicht ausscheidenden bisherigen Gesellschafter gegen Abfindung des Ausscheidenden zu erhalten, kommt einem unverkennbaren praktischen Bedürfnisse entgegen. In den meisten Fällen wird die Auflösung der Gesellschaft nicht im Interesse aller Beteiligten liegen; durch die aus der Person eines einzelnen Gesellschafters eintretende Auflösung würde eine schwere Schädigung der Interessen der übrigen herbeigeführt werden können. Der Tod eines Gesellschafters erfolgt z. B. zu einem Zeitpunkte, wo die gesellschaftlichen Unternehmungen die besten Aussichten auf Erfolg haben würden. Würde die Gesellschaft aufgelöst und die Liquidation eintreten, so ginge der Gewinn verloren.

---

[15]) Deshalb wird auch in § 157 HGB. ein Eintrag des Erlöschens der Firma in das Handelsregister vorgeschrieben. Erst dies ist der eigentliche Auflösungseintrag; vgl. Lastig S. 45.

[16]) Mugdan, Mot. z. HGB. S. 272; Denkschr. S. 100: „In Anbetracht der dauernden Zwecke, welche die offene Handelsgesellschaft verfolgt, ist es angezeigt, den Fortbestand der Gesellschaft tunlichst zu sichern und demgemäß die Entfernung eines das Unternehmen gefährdenden Teilnehmers auch dann zu ermöglichen, wenn ein solcher Fall im Gesellschaftsvertrage nicht besonders vorgesehen ist."

[17]) vgl. unten §§ 21, 22 S. 59ff.

[18]) RG. Bd. 7 S. 124 a. E.

In anderen Fällen wird es den Gesellschaftern nicht zugemutet werden können, die Gesellschaft mit einem unzuverlässigen und unfähigen Gesellschafter fortzusetzen, während andererseits eine Auflösung der Gesellschaft, zu der die übrigen vielleicht infolge groben Verschuldens des einen Mitglieds gezwungen wären, ihren Interessen widerstreiten würde.[19]) Dieses Interesse wird in der Regel ein finanzielles sein und durch die Möglichkeit gewahrt werden, die Liquidation zu vermeiden und den austretenden Genossen in einer Weise abzufinden, daß der weitere Betrieb so wenig wie möglich durch diese Änderung im Mitgliederbestande gestört wird. Denn wenn auch während des Liquidationsverfahrens der Geschäftsbetrieb vorläufig fortgesetzt wird, so fehlt doch die Möglichkeit, in uneingeschränkter Weise neue Unternehmungen einzugehen, m. a. W., der produktiven Erwerbstätigkeit der Gesellschaft wird ein Ende gesetzt. Deshalb wird im allgemeinen die Fortführung der Gesellschaft besonders bei günstigen Aussichten auf gewinnbringende Geschäfte im Interesse der verbleibenden Gesellschafter liegen, allen aber, auch dem Ausscheidenden, gewöhnlich größere Vorteile bieten, als die Versilberung des ganzen Aktivvermögens mit den damit regelmäßig verbundenen Verlusten.

Die Gesellschafter behalten ferner ihre freie Rechtsstellung gewahrt, wie sie dieselbe vor dem Ausscheiden des betreffenden Sozius inne hatten, und üben ihre Vertretungsbefugnis nicht in den beschränkten Grenzen der Liquidationsvollmacht aus.[20])

Weiter kommt dazu, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter nicht nur mit Kapital beteiligt sind, sondern regelmäßig auch persönlich ihre Arbeitskräfte dem Dienste der Gesellschaft widmen. Es würde daher eine unberechtigte Härte sein, wenn solchenfalls infolge Auflösung der Gesellschaft die übrigen Mitglieder gezwungen sein würden, sich ein neues Feld ihrer Tätigkeit zu suchen. Wenn ihnen auch die Neugründung einer Gesellschaft jederzeit offen stehen würde, so würden doch durch die Unterbrechung des Betriebes unter Umständen viele ideelle Werte verloren gehen, wie z. B. der gute Ruf und das Ansehen des Unternehmens in Geschäftskreisen, zu dessen Herstellung es langer Zeit und mühevoller Arbeit bedarf.[21])

Die Vorteile der Vermeidung des Liquidationsverfahrens und die dadurch für die in der Sozietät verbleibenden Mitglieder gegebene Möglichkeit des ungestörten Fortbetriebs des Unternehmens werden auch durch den höheren Wert des in Betrieb bleibenden Geschäfts dem Ausscheidenden zugute kommen.[22])

---

[19]) vgl. unten Anm. 16 S. 4.

[20]) Art. 136, 137 altes HGB.; §§ 149, 150 HGB.

[21]) Mot. zum preuß. Entw. S. 68: „Es würde eine unbillige Härte sein, wenn die übrigen Gesellschafter unbedingt genötigt wären, sich den Weitläufigkeiten und Kosten einer Liquidation zu unterziehen und einen anderen Gesellschaftsvertrag unter sich zu schließen."

[22]) RG. VII S. 124 f. Nr. 39.

Wenn somit die Möglichkeit der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft trotz Ausscheidens von Mitgliedern einem praktischen Verkehrsbedürfnisse entspricht, so ist dieselbe m. E. auch durch die juristische Struktur der offenen Handelsgesellschaft gerechtfertigt. Als kollektive Einheit kann sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.[23]) Sie hat ein selbständiges Gesellschaftsvermögen, das von dem Vermögen des einzelnen Gesellschafters rechtlich scharf getrennt und dem unmittelbaren Zugriff der Privatgläubiger entzogen ist. Der einzelne Sozius kann über seinen Anteil schlechterdings nicht verfügen, ebenso kann ihm die Vertretungsbefugnis entzogen sein Nach der herrschenden Ansicht können sogar alle Mitglieder von der Vertretung ausgeschlossen sein und ein gewählter Vertreter in Gestalt eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten ihre Stelle ersetzen.[24])

Indem man so der modernen offenen Handelsgesellschaft eine, abweichend von der gar nicht maßgebenden römischen Sozietät, wie auch der bürgerlichen Gesellschaft fremde, gewisse juristische Selbständigkeit[25]) zuerkannte, war man auch gezwungen, sie bis zu gewissen Grenzen von den Wechselfällen des Einzellebens ihrer Mitglieder unabhängig zu machen

## III. Begriff und Voraussetzung des Ausscheidens.

### § 2.

### A. Begriff.

Die sogen. partielle Auflösung wird im 4. Titel des II. Buches des Handelsgesetzbuchs unter der Bezeichnung „Ausscheiden von Gesellschaftern" geregelt. In Übereinstimmung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch[26]) und dem Genossenschaftsgesetz werden darunter alle die Fälle verstanden, in denen ohne Auflösung und Liquidation die Zugehörigkeit des ausscheidenden Gesellschafters zur Gesellschaft ihr Ende findet, gleichgültig, ob mit Willen (§§ 138, 139 HGB.) oder ohne Willen des Ausscheidenden, und letzteren-

---

[23]) HGB. § 124.

[24]) So Puchelt Anm. 10 zu Art. 86; Makower 12. Aufl. S. 239 Vb und die dort zitierte Literatur; Lehmann-Ring I S. 266 Anm. 8 zu § 125; Behrend § 72 Anm. 11; anders Staub § 125 Anm. 2 S. 401.

[25]) So sagt v. Hahn (Komm. zum alten HGB. 3. Aufl. I S. 388), daß alle Rechtssätze, zu deren prinzipiellen Begründung man zur Aufstellung des Grundsatzes von der juristischen Persönlichkeit gegriffen hatte, durch das Gesetzbuch als selbständige Rechtssätze (sc. für die offene Handelsgesellschaft) anerkannt worden sind. — Andere haben das dadurch ausgedrückt, daß sie der offenen Handelsgesellschaft „relative juristische Persönlichkeit" zugesprochen haben (Gareis, Das deutsche Handelsrecht S. 176).

[26]) § 738 BGB.

falles, gleichgültig, ob es kraft Willensaktes der übrigen Gesellschafter (§ 141 HGB.) oder kraft richterlicher Entscheidung (§ 140 HGB.) oder kraft Eintritts eines sonstigen Ereignisses (Tod, Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausscheidenden (§ 138 HGB.) erfolgt.[27]) Das HGB. (§ 140) spricht auch von „Ausschließung", schließt aber diesen Fall in den allgemeineren Begriff „Ausscheiden" mit ein.[28])

Dagegen faßte das alte Handelsgesetzbuch den Begriff „Ausscheiden" enger[29]) und verstand darunter nur den freiwilligen oder notwendigen, keinesfalls aber durch die übrigen erzwungenen Austritt eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, mit anderen Worten denjenigen Austritt, der nicht infolge Ausschließung nach Art. 128 erfolgt.[30])

Wenn auch an und für sich das Schuldverhältnis unter den Gesellschaftern bei Austritt eines derselben eine Neugestaltung erhält, so bleibt doch die Gesellschaft juristisch bei voller Existenz. Die Gesellschaft endigt nur in Beziehung auf den Ausscheidenden, im übrigen bleibt sie aber in ihrer äußeren Firmeneinheit und mit ihrem besonderen Gesellschaftsvermögen, mit allen ihren Rechten und Verbindlichkeiten fortbestehen.[31])

§ 3.

## B. Voraussetzungen.

### a) 1. Vertragsklausel über den Fortbestand der Gesellschaft.

In § 138 HGB. sind diejenigen Fälle aufgezählt, in denen auf Grund der Vertragsklausel, daß ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, dieselbe trotz Ausscheidens von Mitgliedern fortbesteht. Das Handelsgesetzbuch ersetzt den generellen Begriff des alten HGB. in Art. 127 „Ausscheiden" offenbar unter Anhalt an § 131 HGB. durch spezielle Angabe der juristischen Tatsachen, welche zu solchem Ausscheiden führen können, und nennt als solche: Kündigung, Tod, Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters. Für alle drei Fälle ist Voraussetzung,

[27]) Lehmann-Ring I S. 298 Nr. 1 zu § 138; Makower S. 268 f. zu § 138 III; Mugdan, Mot. S. 271, Denkschr. S. 94: „Das BGB. begreift unter diesem Ausdruck ebenso wie das Genossenschaftsgesetz sowohl den freiwilligen Austritt als die Ausschließung eines Gesellschafters; dem folgt auch der Entwurf, wogegen (altes) HGB. den Ausdruck enger faßte"; Goldmann S. 605 Vorbem. zu § 138.

[28]) Hertzer, Diss. S. 6 anderer Meinung, der dieselbe Scheidung der beiden Begriffe wie im alten HGB. annimmt.

[29]) Denkschr. S. 99, vgl. Anm. 27.

[30]) v. Hahn S. 436 § 4; Hergenhahn-Tuchatsch S. 269 Ia; Hertzer S. 3.

[31]) Altes HGB. Art. 127.

daß im Gesellschaftsvertrage die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft vereinbart wurde, gleichgültig, ob im Gründungsvertrage oder in einem Zusatzvertrage, in ausdrücklicher Verabredung, mittels schriftlicher Erklärungen oder kraft stillschweigendem Einverständnisse, sofern nur neben den übrigen Gesellschaftern der Ausscheidende, sein Vorgänger oder Nachfolger dabei mitwirkte.[32]) Die von Gareis (Handelsrecht S. 150 Anm. 12) vertretene Ansicht, nach der die Mitwirkung des Ausscheidenden nicht nötig sei, ist meines Erachtens nicht haltbar, denn da mit dem Ausscheiden dem betreffenden Mitgliede nur ein Abfindungsrecht statt des Liquidationsanspruchs gewährt wird, und der Ausscheidende infolgedessen gewissen Beschränkungen unterworfen ist, so kann ihm eine solche Minderung seines Rechts nicht ohne seine Zustimmung zugemutet werden.[33]) Dagegen muß man meines Erachtens der Ansicht Lastigs (S. 26) zustimmen, daß nichts im Wege stehe, der vor Eintritt der betreffenden juristischen Tatsache geschlossene gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung die nach Eintritt der juristischen Tatsache getroffene Einigung aller bisherigen Gesellschafter resp. deren Nachmänner, kurz aller Beteiligten, in der juristischen Wirkung völlig gleichzustellen.[34]) Diese Vertragsbestimmung muß auf Fortbestand der Gesellschaft gerichtet sein; betreffs ihrer sonstigen Beziehungen ist sie nicht beengt. Sie ist weder an eine besondere Form,[35]) noch bis zur vollständigen Auflösung an eine bestimmte Zeit gebunden, noch ergeben sich bezüglich der Gründe oder betr. der Personen der Gesellschafter irgend welche Einschränkungen. Sie kann ganz allgemein auf „Fortsetzung trotz Ausscheidens" oder auch nur für den Fall bestimmt sein, daß dieselbe Eventualität bei mehreren Gesellschaftern gleichzeitig eintritt. Wenn z. B. die Gesellschaft aus A, B, C, D und E bestand, so kann bestimmt sein,

---

[32]) Ebenso Lehmann-Ring I S. 298 Nr. 2 zu § 138; Lastig S. 26; Cosack 4. Aufl. S. 570, 5 I, Ia, S. 572 III, 1a; Makower S. 268 II zu § 138, S. 195 II zu § 109; Hergenhahn-Tuchatsch S. 274.

[33]) Puchelt Anm. 2 zu Art. 127 S. 280; Anschütz u. Völderndorff S. 285 Ziff. 1 Abs. 2 zu Art. 127; Endemann S. 413 § 93 VI; Keyßner, Erhaltung § 2 S. 21; v. Hahn S. 489 f. § 3 zu Art. 127; Hergenhahn-Tuchatsch S. 273 ff; Buschs Archiv IX S. 439, Erk. des OAG. zu Dresden v. 26. 1865; Staub S. 444/45 Anm. 7 Zusatz 4 zu § 138, 8. Aufl. Anm 7 Zusatz 4 S. 517.

[34]) Cosack 4. Aufl. S. 571: „Die Änderung (im Mitgliederbestande der offenen Handelsgesellschaft) ist möglich, solange die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern nicht völlig abgeschlossen ist"; v. Hahn S. 489 f. § 3 zu Art. 127; Keyßner S. 20 § 2; Puchelt S. 281 Anm. 3 zu Art. 127; Lehmann-Ring S. 298 Nr. 2 zu § 138; — vgl. Staub S. 443 Anm. 1 u. S. 445 Anm 7, ebenso 8. Aufl. S. 515 Anm. 1 u. S. 517 Anm 7 Abs. 2; anderer Ansicht Tuchatsch-Hergenhahn S. 272 f., 61; Goldmann S. 606 I Anm. 1, der dies aus den Worten: „im Gesellschaftsvertrage" folgert. — Planck S. 479 f. unter 1 zu § 736 BGB.; Mot. z. Entw. I des BGB. S. 630.

[35]) Da für den Gesellschaftsvertrag eine Form nicht vorgeschrieben ist, gilt dies auch für diese Bestimmung. Staub S. 351 Anm. 27 zu § 105; Lehmann-Ring S. 224 Nr. 9 zu § 105.

daß, wenn A und B kündigen, die Gesellschaft unter C, D, E fortbestehen soll. Der Gesellschaftsvertrag kann auch von vornherein festsetzen, daß ohne Kündigung von den Gesellschaftern A, B, C der eine nach Ablauf von drei Jahren ausscheiden, und die Gesellschaft unter den beiden anderen fortbestehen soll. Weiter kann die Vereinbarung auf das Ausscheiden bestimmter namentlich benannter Gesellschafter, nur einer bestimmten, oder auch einer unbestimmten Anzahl von Gesellschaftern gehen. Der Übereinkunft können sämtliche Arten des Ausscheidens oder nur einzelne Arten zugrunde gelegt werden; ist sie nicht ausdrücklich auf einzelne bestimmte Fälle beschränkt, so umfaßt sie ohne weiteres sämtliche Arten und Fälle[36]) des § 138. Sonst kann das Ausscheiden auch nur für den Fall des Todes eines Gesellschafters oder für den Fall einer Kündigung, nicht aber für den Fall des Konkurses von Mitgliedern angeordnet sein. Der Vertragsfreiheit ist hier weiter Spielraum gelassen, wie denn im allgemeinen das Handelsrecht in ausgedehnter Weise die Freiheit der Willensbestimmung wahrt. Maßgebend bleibt stets, soweit nicht Rechtssätze zwingender Natur ein anderes bestimmen, der Wille der Parteien.[37])

Nicht geregelt ist im Gesetz die Frage, ob die besprochene Vertragsklausel auch für den Fall des § 135 HGB. im Gesellschaftsvertrage aufgenommen sein kann. Meines Erachtens liegen keine Bedenken vor, dies für zulässig zu erklären, wenn man erwägt, daß gemäß § 141 HGB. die Gesellschafter gegen den Willen des Ausscheidenden einen Beschluß auf Fortführung der Gesellschaft nach erfolgter Kündigung durch den Privatgläubiger fassen können. Weiter wird es weder im Interesse der verbleibenden Gesellschafter liegen, die Gesellschaft mit einem in solcher Vermögenslage befindlichen Gesellschafter fortzusetzen, noch wird die Fortführung dem Interesse des Privatgläubigers widerstreiten, der durch Vermeidung einer verlustreichen Liquidation einen größeren finanziellen Erfolg haben wird. Der Ausscheidende wird in keiner Weise schlechter gestellt, da ja die übrigen Gesellschafter auch ohne eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage auf Grund des § 141 denselben Erfolg erzielen können. Ob der Gesetzgeber deshalb auf die Aufnahme des in § 135 geregelten Falls in den § 138 als überflüssig oder nur infolge eines Redaktionsfehlers verzichtet hat, ist nicht ersichtlich, jedenfalls steht einer der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters analogen Anwendung nichts entgegen.[38]) Auch die Bestimmung des § 145 Abs. 2

---

[36]) Staub S. 443 Anm. 1 zu § 138; altes HGB.: Anschütz u. Völderndorff II zu Art. 127 S. 285.

[37]) Lehmann-Ring S. 298 f. Nr. 3 zu § 138; Staub S. 443 Anm. 1 zu § 138; Hergenhahn-Tuchatsch S. 274.

[38]) Ebenso: Staub S. 444 Anm. 5 zu § 138, 8. Aufl. S. 516 Anm. 5 Zusatz 2; Lehmann-Ring S. 299 Nr. 3 zu § 138; Hergenhahn-Tuchatsch S. 276, 3; Planck S. 479 f. Anm. 1 zu § 736; Dernburg II S. 629 § 362; Knoke S. 127 (S. 567).

HGB. bietet für diese Auffassung kein Hindernis, denn hinsichtlich der Zustimmung des Exekutionsgläubigers wäre das, wie Staub[39]) ausführt, ein Bruch mit den anerkannten Rechtsprinzipien, da hierin ein Eingriff in zulässige Vereinbarungen läge, der so lange nicht als gewollt anzunehmen ist, als nicht deutlich erhellt, daß er wirklich beabsichtigt ist. Die Denkschrift[40]) läßt nun aber im Gegenteil erkennen, daß dieser Bruch nicht gewollt ist, denn sie stellt jenes Erfordernis der Zustimmung lediglich als Ausübung des dem Schuldner (oder Gemeinschuldner) zustehenden Rechts hin und gibt damit zu erkennen, daß die Zustimmung nur dann erforderlich ist, wenn auch der Sozius noch zu widersprechen berechtigt ist; denn es handelt sich ja nur um Ausübung seines Widerspruchsrechtes". Ein Vergleich der §§ 135, 141, 145 II ergibt meines Erachtens schon, daß § 145 Abs. 2 der Aufnahme der genannten Vertragsklausel für den Fall der Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Mitglieds nicht entgegensteht, da die Bestimmung dieses Paragraphen nur dann praktisch wird, wenn die übrigen Gesellschafter nicht von dem ihnen durch § 141 gegebenen Rechte Gebrauch machen. Die von Goldmann[41]) für seine gegenteilige Ansicht gegebene Begründung, der exzeptionelle Charakter des § 138 spreche dagegen; das dem Gläubiger nach § 135 zustehende Recht sei ein eigenes, nicht vom Schuldner abgeleitetes, das nicht beschränkt werden dürfe; der Gläubiger könne Auseinandersetzung und dasjenige verlangen, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, brauche sich aber nicht mit dem Surrogat jenes Auseinandersetzungsguthabens zu begnügen, da er ja eben das, „was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", gepfändet und überwiesen erhalten habe; auch die Vorschrift des § 141 sei eine exzeptionelle, deren Ausdehnung über die vom Gesetz gezogene Grenze unzulässig sei, erscheint mir nicht zutreffend. Wie in der Einleitung nachzuweisen versucht ist, steht das Handelsgesetzbuch nicht mehr auf dem Standpunkte des preuß. Entwurfs — und diesen führt Goldmann zur Begründung des Exzeptionellen an —, sondern begünstigt im Gegenteil aus praktischen, den geänderten Verkehrsanschauungen Rechnung tragenden Gründen die Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft. Weiter meint auch Staub nicht das Recht des § 135, wenn er von einem aus dem Rechte des Schuldners oder Gemeinschuldners abgeleiteten Rechte spricht,[42]) sondern nur den Liquidationsanspruch, und dieser steht zweifellos nur dem Gesellschafter zu.[43]) Der weitere Einwand, daß der Gläubiger eben nur

---

[39]) Staub S. 473 f. Anm. 11, 8. Aufl. S. 545 Anm. 16.
[40]) Mugdan S. 275, Denkschr. S. 203.
[41]) Goldmann II Anm. 3 zu § 138.
[42]) Staub S. 440 Anm. 6 zu § 135: „auch hierin zeigt sich die Selbständigkeit und Unmittelbarkeit seines (des Privatgläubigers) Rechts.
[43]) Mugdan S. 275, Denkschr. S. 103; Renaud S. 525 § 77; Hergenhahn-Tuchatsch S. 316 a. E. f.; Gareis u. Fuchsberger

„das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", nicht aber das Surrogat dieses Anspruchs gepfändet und überwiesen erhalten hat, müßte, wenn er begründet wäre, ebenso für § 141 gelten. Hier ist er vom Gesetzgeber weder erwähnt noch berücksichtigt, da ja das Interesse des Gläubigers nur in seiner Befriedigung besteht und das Surrogat des Auseinandersetzungsguthabens in concreto höher sein wird als dieses selbst. Endlich scheint es mir nicht eine Ausdehnung über die vom Gesetz gezogene Grenze hinaus zu sein, wenn man Folgen des Eintritts einer bestimmten Tatsache von vornherein in der Weise ordnet, wie es bei Eintritt der Tatsache jederzeit dem freien Ermessen der Beteiligten überlassen ist.

Neben dieser besprochenen Vertragsklausel erfordert nun der § 138 für das Ausscheiden eines Gesellschafters Kündigung, Tod oder Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.

## § 4.

### a) Kündigung.

Die Kündigung kommt als Ausscheidungsgrund abgesehen vom Fall des § 135 in zwei Fällen in Betracht, einmal bei für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften (§ 132) als gesetzlich gewährleistetes Mittel, das Ausscheiden aus der Gesellschaft herbeizuführen, oder bei Gesellschaften auf bestimmte Dauer als vertragsmäßiger Auflösungs- bezw. Ausscheidungsgrund. Im letzteren Falle kann vereinbart werden, daß nur einer der Gesellschafter oder auch jeder, entweder jederzeit oder nur unter gewissen Voraussetzungen auch vor Ablauf der vertragsmäßigen Dauer der Gesellschaft einseitig sein Verhältnis zur Gesellschaft lösen kann. Die Kündigung durch einen Gesellschafter bei auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften ist also nach dem Handelsgesetzbuch (im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch und zum BGB. § 723) stets vertragsmäßiger Auflösungs- bezw. Ausscheidungsgrund,[44]) dagegen ist sie bei Gesellschaften auf unbestimmte Dauer gesetzlicher Ausscheidungsgrund. Für eine unbestimmte Zeit ist eine Gesellschaft nicht nur dann eingegangen, wenn eine Zeit überhaupt nicht festgesetzt worden ist, sondern auch dann, wenn sie ausdrücklich für den zeitlich nicht zu berechnenden Bestand eines Verhältnisses eingegangen ist. HGB. § 134 stellt ebenfalls eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft einer solchen für unbestimmte Zeit eingegangenen gleich; analog wird ein ungewöhnlich langer Endtermin den Vertrag zu einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen machen. Feste Sätze, wenn eine

---

S. 265 Nr. 204; Puchelt S. 297, 1 zu Art. 133; Lehmann-Ring S. 316 Nr. 3 zu § 145; ROHG. XXIV Nr. 43 S. 143 ff.

[44]) Lehmann-Ring S. 287 Nr. 1 zu § 132.

Gesellschaft auf bestimmte, wenn auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, lassen sich nicht aufstellen, dies ist quaestio facti.[45])

Die Kündigungsfrist kann im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein; die gesetzliche Frist kann verlängert oder verkürzt werden oder das Kündigungsrecht jederzeit gewährt werden, ebenso kann der Termin beliebig bestimmt oder sonstige Beschränkungen können aufgestellt werden, nur dürfen diese Vertragsbestimmungen die Gesellschafter nicht in einer „dem öffentlichen Interesse widerstreitenden" und die sittliche Freiheit des einzelnen beschränkenden Weise binden.[46]) Deshalb darf die Kündigung auch nicht ganz aufgehoben werden.[47]) Unzulässig würde auch ein die Kündigungsfrist übermäßig verlängerndes und damit die Kündigung überhaupt illusorisch machendes Abkommen sein. Ebenso darf das Kündigungsrecht nicht von einem Beschlusse der Gesellschafter abhängig gemacht werden,[48]) da auf diese Weise eine Kündigung durch die übrigen Mitglieder stets verhindert werden könnte. Dasselbe gilt von einer Bestimmung, daß erhebliche Nachteile, die einer gänzlichen Ausschließung einer Kündigung gleichzuachten sind, an die Kündigung geknüpft werden.[49]) Eine diesen Bestimmungen zuwider getroffene Vereinbarung würde nach §§ 134, 138 BGB. nichtig sein; auf Grund des § 139 BGB. würde der ganze Vertrag für nichtig erachtet werden müssen, wenn nicht anzunehmen wäre, daß er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde. Ist eine Kündigungsfrist nicht bestimmt, so tritt für die auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften die Bestimmung des § 132 HGB. in Kraft, wonach die Kündigung nur für den Schluß eines Geschäftsjahres mindestens 6 Monate vor diesem Zeitpunkte erfolgen muß. Der Begriff des Geschäftsjahres ergibt sich aus § 39 HGB. Für dasselbe ist nur vorgeschrieben, daß es die Dauer von zwölf Monaten nicht überschreiten darf, wogegen aber keineswegs erforderlich ist, daß es mit dem Kalenderjahr zusammenfällt.

Rücksichtlich der Berechnung dieser sechsmonatlichen Frist sind die Vorschriften der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 u. 3 BGB. zu beachten. Der Tag, an welchem die Kündigung erfolgt, ist danach bei der Berechnung der Frist nicht mitzurechnen, und es beginnt die vom letzten Tage des Geschäftsjahres rückwärts zu berechnende Frist mit dem Beginn desjenigen Tages des rückwärts zu berechnenden sechsten Monats, welcher durch seine Zahl dem letzten Tage des Geschäftsjahres entspricht. Fehlt

---

[45]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 233; Keyßner S. 31 ff. § 5; Renaud RG. S. 445; Goldmann S. 580 f. II a. Ziff. 5; Staub S. 429 Anm. 1 u. 2 zu § 132, 8. Aufl. S. 501 Anm. 1 u. 2 zu § 132; Lehmann-Ring S. 284 f. Nr. 1 zu § 131.

[46]) ROHG. XIII Nr. 132 S. 418; RG. XXI S. 94 Nr. 20.

[47]) Staub, 8 Aufl. S. 501 Anm. 3 zu 132.

[48]) RG. XXI, 93 f. Nr. 20.

[49]) OLG. Kiel v. 25. 2. 1902 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 445 Nr. 70b.

dieser Tag in dem rückwärts zu berechnenden sechsten Monat, so beginnt die Frist mit dem letzten Tage dieses Monats. Die Frist von sechs Monaten muß mindestens eingehalten werden, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag eine andere Bestimmung enthält. Selbstverständlich kann die Kündigung auch an einem früheren Zeitpunkt erfolgen, nur später darf nicht gekündigt werden, wenn sie nicht der Wirkung ermangeln soll. Eine verspätete Kündigung ist wirkungslos, es braucht ihr auch nicht widersprochen zu werden, doch kann sie unter Umständen als Kündigung für das nächstfolgende Geschäftsjahr aufzufassen sein; dies ist nach richterlichem Ermessen für den Einzelfall zu entscheiden.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt ein Kündigungsrecht des Gesellschafters, es verlangt jedoch nicht eine sechsmonatliche Kündigungsfrist, sondern bestimmt, daß der Gesellschafter nicht zur Unzeit kündigen darf, da er sonst für den aus der unzeitigen Kündigung entstehenden Schaden haftbar wird.[50]) Mit Lehmann-Ring[51]) wird man den Grundsatz, daß der Gesellschafter außer im Falle einer Kündigung aus wichtigem Grunde nicht zur Unzeit kündigen darf, auch bei der offenen Handelsgesellschaft dann für anwendbar erklären müssen, wenn im Gesellschaftsvertrage eine kürzere als die sechsmonatliche Frist vereinbart ist, im Gegensatz zu Staub,[52]) der nur fordert, daß die Kündigung rechtzeitig ist, gleichgültig ob sie den anderen Gesellschaftern gelegen kommt oder sehr unbequem ist. Dies folgt aus dem besonders für das Handelsrecht geltenden Grundsatze von Treu und Glauben, der nicht zuläßt, einer unzeitigen schikanösen Kündigung Wirkung zuzusprechen. Ob und wieweit dies der Fall ist, ist eine dem richterlichen Ermessen im Einzelfall unterliegende Tatfrage, eine sechsmonatige und längere Frist z. B. wird niemals unzeitig sein.

Im übrigen gelten für die Kündigung die vom Bürgerlichen Gesetzbuch im allgemeinen aufgestellten Grundsätze.[53]) Danach ist sie eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Annahme nicht bedarf. Auf den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit finden die Bestimmungen des § 130 BGB. Anwendung.

---

[50]) BGB. § 723 Abs. 2;
[51]) Lehmann-Ring S. 288, 1 b zu § 132.
[52]) Staub 8. Aufl. S. 502 Anm. 9 Abs. 2 zu § 132.
[53]) Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß gemäß § 105 Abs. 2 des HGB. für die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des BGB. — soweit nicht im HGB. anderes vorgeschrieben ist — Anwendung finden. Die Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts und die Übernahme grundlegender Rechtssätze, welche bisher der offenen Handelsgesellschaft eigentümlich waren, in das Gesellschaftsrecht des BGB. haben eine durchgreifende Änderung in der äußeren Gestaltung des die offene Handelsgesellschaft behandelnden Abschnitts des neuen HGB. zur Folge gehabt. Unter Verweisung auf die ergänzenden Vorschriften des BGB. werden im allgemeinen nur diejenigen Grundsätze aufgestellt, welche von den für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gegebenen Vorschriften abweichen.

An eine Form ist die Kündigung nicht gebunden, sie kann deshalb in jeder Form gültig erklärt werden, muß aber an sämtliche[54]) Gesellschafter, nicht an die Gesellschaftsfirma gerichtet sein.[55]) Eine an die Firma gerichtete Aufkündigung ist dann für wirksam zu erachten, wenn sie rechtzeitig zur Kenntnis aller Beteiligten gelangt.[56]) Goldmann[57]) hält diese Ausdehnung für bedenklich mit der Begründung, daß es nicht darauf ankomme, daß die Kündigung zur Kenntnis der übrigen Gesellschafter gebracht sei, sondern darauf, daß sie von den kündigenden den anderen gegenüber erklärt worden sei. Diese Auslegung ist zu eng, denn das Gesetz will nur, daß derjenige, der eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung abgibt, veranlassen muß, daß sie dem anderen zugeht, sie darf ihm nicht bloß zufällig zugehen. Davon kann man aber wohl bei einer Erklärung der Gesellschaft gegenüber, die in die Hände sämtlicher Gesellschafter kommt, nicht sprechen. Ebenso wird man, wenn der Kündigende einem Dritten Vollmacht gegeben hatte, für ihn die Kündigung sämtlichen Gesellschaftern zu erklären, dieselbe für rechtswirksam erachten können, vorausgesetzt, daß sie den Gesellschaftern rechtzeitig zugeht. Nach der im Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch geltenden Empfangstheorie[58]) wird sie wirksam mit dem Zeitpunkte, in dem sie den anderen Gesellschaftern zugeht. Die mehreren gegenüber zu vollziehende Kündigung wird erst von dem Moment ab wirksam, wo sie dem letzten der notwendigen Adressaten zugeht.[59])

Ein Widerruf der Kündigung kann nur so lange gültig erklärt werden, als sie den anderen Gesellschaftern noch nicht zugegangen ist oder sofern der Widerruf diesen gleichzeitig mit der Kündigungserklärung zugeht. Ein nach diesen Zeitpunkt erfolgter Widerruf ist ohne Wirkung, es sei denn, daß sämtliche Gesellschafter ihm zustimmen.[60])

---

[54]) Anschütz u. Völderndorff II S. 284 II zu Art. 126; Oertmann 1 Aufl. S. 438; Staudinger S. 636 I b Anm. zu § 723 nehmen an, daß die Kündigung regelmäßig an diejenigen Gesellschafter zu richten sei, welchen die Geschäftsführung zur Zeit der Kündigung zusteht.

[55]) Lehmann-Ring S. 288 Nr. 2 zu § 132; Staub S. 430 Anm. 5, 3 zu § 132; 8 Aufl. S. 501 Anm. 5 zu § 132; Goldmann S. 586 Ziff. 16 u. 17 zu § 132; Makower S. 259 II zu § 132; Rechtspr. der OLG. IX S. 11 Nr. 1i; Puchelt S. 274 Anm 5 zu Art. 124; Knoke S. 107; Planck S. 472 e zu § 723; Matthiaß S. 630, III A 2b; Neumann S. 274 Anm. II zu § 723; Oertmann 2. Aufl. S 787 Anm. 1 zu § 723, nach dessen Ansicht aber an erster Stelle der Gesellschaftsvertrag entscheiden ist.

[56]) RG. XXI Nr. 20 S. 93 f.; Staub S. 430 Anm. 5 zu § 132; Gareis u. Fuchsberger S. 256.

[57]) Goldmann S. 586 Ziff. 17 unter III 2b zu § 132.

[58]) § 130 BGB.

[59]) Knoke S 107.

[60]) BGB § 130 Abs. 2 Satz 2; Staub 8. Aufl. S. 502 Anm. 10 zu § 132; Oertmann S. 788 Anm. 5 zu § 723 BGB.

## § 5.

### β) Tod eines Gesellschafters.

Ein weiterer Fall des § 138, in dem die Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Mitgliedes fortbestehen kann, ist der des Todes eines Gesellschafters. Entsprechend dem röm. Recht und der Ansicht, daß die Gesellschaft stets ein auf die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter gegründetes Rechtsverhältnis sei, hatte man früher den Satz aufgestellt, daß der Tod die Gesellschaft unbedingt auflöse. Wie schon in der Einleitung ausgeführt, hat jedoch die moderne Entwicklung der offenen Handelsgesellschaften den Gesetzgeber dazu gedrängt, abweichend hiervon anzuerkennen, daß die Persönlichkeit des einzelnen nicht in erster Linie wesentlich für den Fortbestand der Gesellschaft ist, daß vielmehr deren Zwecke oftmals eine Fortdauer über die Lebenszeit der Mitglieder hinaus erfordern. Demgemäß ist auch das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft trotz des Todes eines Gesellschafters auf Grund der in § 3 besprochenen Vertragsklausel gestattet worden.

Verschieden von dieser Fortsetzungsvereinbarung ist der Fall des § 139 HGB., wo die Gesellschaft auf Grund einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrage von den Erben mit allen Gesellschaftern fortgesetzt wird; hier scheidet eben der Verstorbene nicht aus, seine Erben sind als solche nicht die Erben, sondern repräsentieren als Erben die Person des Erblassers[61]) und treten unter besonderen ihnen vom Gesetz gewährten Vergünstigungen an seine Stelle. Damit werden die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis vererblich wie alle anderen Rechte und Pflichten des Erblassers, abgesehen von der höchstpersönlichen Befugnis zur Geschäftsführung, die unvererblich ist.[62])

Erwähnt sei noch, daß auch eine vor dem Tode des Gesellschafters getroffene Vereinbarung zulässig ist, wonach an Stelle des durch den Tod Ausgeschiedenen ein Dritter, der weder Erbe noch Legatar ist, tritt.[63])

## § 6.

### γ) Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.

Wird über das Vermögen eines der Gesellschafter Konkurs eröffnet, so ist nach § 138 HGB. das Ausscheiden dieses Mitgliedes unter Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen bei Vorhandensein einer diesbezüglichen Vertragsbestimmung zugelassen. Notwendig ist wirkliche

---

[61]) Renaud, KG. S. 472.
[62]) Knoke S. 124f. (564f.).
[63]) Keyßner, Erhaltung S. 20; v. Hahn S. 174 § 6 zu Art. 123.

Konkurseröffnung, nicht genügend dagegen Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder fruchtlose Exekution in das Privatvermögen des Gesellschafters. Der Konkurs muß über das Gesamtvermögen des Gesellschafters eröffnet sein. Deshalb genügt es nicht, wenn über das Vermögen einer anderen Gesellschaft, an der der betreffende Gesellschafter beteiligt ist, der Konkurs eröffnet wird, selbst wenn diese andere Gesellschaft aus denselben Gesellschaftern bestände.[64]) Ohne Einfluß ist ferner die Stellung des Kridars in der Gesellschaft, sei es, daß er geschäftsführender und zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter ist oder nicht.[65]) Nach Lehmann-Ring[66]) kann der Konkurs bei Lebzeiten oder als Nachlaßkonkurs eröffnet werden. Dies würde nur dann praktische Bedeutung haben, wenn die Vertragsbestimmung über Fortsetzung der Gesellschaft nicht für den Fall des Todes bestände, da an sich schon der Tod des betreffenden Mitglieds den Ausscheidungsgrund bilden würde.

## § 7.

## 2. Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters.

Die beiden im Gesetz noch besonders angeführten Fälle des Ausscheidens von Mitgliedern im engeren Sinne unter Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft sind die in § 141 normierten. Dies ist zunächst der Fall der Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters.

Der Exekution eines Privatgläubigers unterliegen nur diejenigen Rechte, welche der Gesellschafter auch durch Zession übertragen kann. So kann er durch Pfändung des Gewinnanteils seines Schuldners sich Befriedigung verschaffen. Der Gläubiger kann ferner die Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens seines Schuldners erwirken, denn dieser Anspruch ist übertragbar und daher auch der Pfändung unterworfen.[67]) Allerdings ist damit dem Gläubiger nicht viel gedient; solange die Gesellschaft besteht, ist dieser Anspruch für ihn praktisch nicht verwertbar. Nach dem v. Hahn[68]) aufgestellten und allgemein anerkannten Grundsatze, daß die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß über die im Gesellschaftsfonds befindlichen Aktiven nur zu gesellschaftlichen Zwecken verfügt werden dürfe, auch Dritten gegenüber in der Form wirksam sind, daß sogar die vor Eingehung des Gesellschaftsvertrags vorhandenen Privatgläubiger zurücktreten müssen,[69]) ist die Substanz des

---

[64]) Lehmann-Ring S. 286 Anm. 5 zu § 131; Renaud, KG. S. 476.
[65]) Puchelt-Förtsch S. 270 Anm. 4; Renaud, KG. S. 477.
[66]) Lehmann-Ring S. 286 Anm. 5 zu § 131.
[67]) BGB. § 717.
[68]) v. Hahn S. 283.
[69]) Keyßner, Erhaltung S. 49 § 7.

Gesellschaftsvermögens für den Gläubiger unangreifbar. Die Größe des Guthabens wie auch der Wert des Gesellschaftsvermögens sind seiner Kenntnis entzogen, er kann nicht einmal Auskunft über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens zur Zeit seiner Pfändung und Überweisung durch Vorlegung der Handelsbücher erzwingen, denn als ein allein dem Gesellschafter persönlich zustehendes Recht ist dem Privatgläubiger die Einsicht in die Handelsbücher nicht gestattet. Um für diese durch die Natur des Gesellschaftsvermögens als Sondervermögen bedingten Nachteile einen Ersatz zu gewähren, gibt § 135 HGB. dem Gläubiger ein Kündigungsrecht. Diese Vorschrift soll den Privatgläubiger schützen, andererseits sollen aber die anderen Gesellschafter nicht dadurch von seiner Willkür abhängig gemacht werden. Ihre Interessen werden durch § 141 HGB. geschützt, der bestimmt, daß die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem kündigenden Privatgläubiger erklären können, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus.

Für die Kündigung gelten die allgemeinen Regeln,[70]) insbesondere muß dieselbe allen Gesellschaftern, nicht bloß der Gesellschaft oder den vertretenden Gesellschaftern oder dem Schuldner zugehen und auch an erstere gerichtet sein, denn sie gilt den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft;[71]) sie muß ferner unbedingt sein und ist an keine besondere Form gebunden.

Dieses Kündigungsrecht steht dem Privatgläubiger zu, gleichviel, ob die Gesellschaft für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, und stellt ihn insofern günstiger als den Gesellschafter, der nur bei der für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft kündigen kann.

Die Frist beträgt sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Staub[72]) hebt mit Recht hervor, daß diese Zeitbestimmung des Gesetzes keine glückliche sei, da die Dauer des Geschäftsjahres dem Gläubiger sehr oft nicht bekannt sein werde. Man wird Goldmann[73]) zustimmen müssen, der zur Erzwingung dieser Auskunft dem Gläubiger das Recht zugesteht, den Schuldner zum Offenbarungseide zu laden. Die Beteiligung eines Gesellschafters an einer offenen Handelsgesellschaft bildet einen Bestandteil seines Vermögens im Sinne des § 807 ZPO. und ist deshalb bei der Leistung des Offenbarungseides offenzulegen.[74]) Hierzu wird auch eine Angabe über das Geschäftsjahr gehören, an der der Gläubiger nach § 135 HGB. großes Interesse hat. Eine Streitfrage, die von

---

[70]) vgl. oben § 4 S. 11 ff.

[71]) Staub S. 439 Anm. 4 zu § 135, ebenso 8. Aufl. S. 511 Anm. 5 zu § 135; Goldmann S. 597 Ziff. 14 I, 2 zu § 135; Lehmann-Ring S. 295 Nr. 5 zu § 135; vgl. ferner Anm. 54, 55, 56 S. 14 oben.

[72]) Staub S. 439 Anm. 4 zu § 135, 8. Aufl. S. 511 Anm. 5 zu § 135.

[73]) Goldmann S. 598 Ziff. 23 II, 3 zu § 135.

[74]) RG. in Straff. XXIV Nr. 20 S. 74.

Staub u. a.[75]) bejaht, von Goldmann u. a.[76]) verneint wird, besteht darin, ob eine im Gesellschaftsvertrage bestimmte kürzere Kündigungsfrist dem Privatgläubiger zugute kommt. Das Gläubigerkündigungsrecht beruht lediglich auf dem Gesetz, nicht auf dem Gesellschaftsvertrag, der ihm deshalb auch nicht zu statten kommen kann. Da es auch ein eigenes Recht des Gläubigers, nicht etwa ein vom Schuldner abgeleitetes, durch gesetzliche Zession auf ihn übergangenes Recht ist,[77]) so ist es demzufolge völlig unabhängig von dem etwa dem Gesellschafter zustehenden Kündigungsrechte.

Das Kündigungsrecht des § 135 HGB. steht dem „Privatgläubiger" zu. Staub[78]) faßt diesen Begriff sehr weit und versteht darunter auch den Gesellschaftsgläubiger, insoweit er den einzelnen Gesellschafter auf Grund dessen Solidarhaft in Anspruch nimmt. Als naturgemäße Folge dieser Auffassung erklärt auch Makower[79]) den Ausdruck „Privat" für überflüssig. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht haltbar. Das Gesetz stellt gerade den Privatgläubiger dem Gläubiger der Gesellschaft gegenüber[80]) und versteht darunter nur einen Gläubiger, dessen Forderungen an den Gesellschafter „private", d. h. nicht aus dem Gesellschaftsverhältnisse des letzteren sich ergebende sind. Auch mit der Absicht des Gesetzgebers ist diese Ansicht nicht vereinbar. Das durch § 135 dem Privatgläubiger gewährte Recht soll ihm die Möglichkeit geben, da der Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen seinem unmittelbaren Zugriff entzogen ist, dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, zu seiner Befriedigung heranzuziehen. Dieses Mittels bedarf aber der Gesellschaftsgläubiger nicht. Er kann seine Forderung gegen die Gesellschaft geltend machen und auf Grund eines vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben; bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft kann er die Konkurseröffnung herbeiführen[81]) und so die Auflösung der Gesellschaft erzielen. Dieses Kündigungsrecht ist nur ein exzeptionelles Mittel zur Befriedigung für den sonst benachteiligten Privatgläubiger, und eine Ausdehnung über die vom Gesetz

---

[75]) Staub S. 439 Anm. 4 zu § 135, 8. Aufl. S. 511 Anm. 5 zu § 135; Keyßner, Erhaltung S. 51; Gaupp-Stein S. 646 Anm. III, 3 zu § 859 ZPO.; Makower S. 264 IV zu § 135.

[76]) Goldmann S. 597 Ziff. 13 Abs. 3 zu § 135; Lehmann-Ring S. 295 Nr. 5 zu § 135; Renaud, KG. S. 481; Hergenhahn-Tuchatsch S. 251.

[77]) Lehmann-Ring S. 294 Nr. 2 zu § 135; Planck S. 473 Nr. 1 zu § 725 BGB; Staudinger S. 639 Anm. 1a zu § 725 BGB.

[78]) Staub S. 438 Anm. 1 zu § 135, 8. Aufl. S. 510 Anm. 1 zu § 135.

[79]) Makower S. 263 I zu § 135.

[80]) vgl. § 128 HGB.

[81]) KO. § 210; Staub (8. Aufl. S. 510 Anm. 1 zu § 135) führt dies als dagegen sprechenden Grund an.

mit gutem Grunde gezogene Grenze des „Privat"gläubigers ist unzulässig.[82])

Ist ein Gesellschafter selbst Privatgläubiger eines anderen Gesellschafters, so kann er nicht nach § 135, sondern nur nach §§ 132, 133 vorgehen. Dies wird praktisch wichtig bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte man dadurch dem Gesellschafter das Recht einräumen, allein über Bestand der Gesellschaft bezw. über die Zugehörigkeit seines Schuldners und Mitgesellschafters zur Gesellschaft zu entscheiden. Quaestio facti wird es sein, ob man die Zahlungsunfähigkeit des Mitgesellschafters als einen das Vergehen nach § 133 HGB. rechtfertigenden Grund wird ansehen können.

Wird der Gläubiger nach erfolgter Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens, aber vor erfolgter Kündigung befriedigt, so ist, wie allgemein anerkannt wird,[83]) die Kündigung wirkungslos, denn das Kündigungsrecht steht nur dem zu, der zur Zeit der Kündigung tatsächlich noch Gläubiger ist. Streit herrscht in der Literatur über die Wirkung der Befriedigung des Privatgläubigers nach erfolgter Kündigung. Goldmann[84]) ist der Meinung, daß die einmal erfolgte Kündigung weder vom Schuldner noch von einem anderen Gesellschafter beseitigt werden könne. v. Hahn[85]) versagt der Kündigung nur dann die Wirkung, wenn die Befriedigung sofort nach geschehener Aufkündigung erfolgt. Die Anhänger dieser Ansicht behaupten, nach geschehener Aufkündigung könne dieselbe nicht mehr einseitig aufgehoben werden, vielmehr könnten nun die übrigen Gesellschafter die Auflösung und deren Folgen verlangen, nur dann könne die Befriedigung die Kündigung ihrer Wirkung berauben, wenn die Gesellschaft oder ein Dritter mit ihrer Zustimmung dieselbe vornehmen, es bedürfe mindestens noch einer ausdrücklichen Rücknahmeerklärung der Kündigung. Diese Ansicht dürfte nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen. Man wird vielmehr mit Staub[86]) u. a. annehmen müssen, daß die Befriedigung vor erfolgter Wirkung, d. h. vor

---

[82]) Cosack S. 515 § 109 I 2g; Lehmann-Ring S. 294 Nr. 3 zu § 135; Goldmann S. 595 f. Ziff. 1—3 I 1—3.

[83]) Makower S. 264 Vc zu § 135; Staub S. 439 Anm. 5 zu § 135, 8. Aufl. S. 511 Anm. 6, 4a zu § 135; Goldmann S. 598 Ziff. 17 I 3c zu § 135; Hergenhahn-Tuchatsch S. 252.

[84]) Goldmann Bd. 2 S. 598 Ziff. 16, 3b zu § 135; Makower I S. 265 Vc zu § 135; Keyßner, Erhaltung S. 51; Planck S. 474 Anm. 3 zu § 725 BGB.

[85]) v. Hahn S. 488 § 2 Abs. 2 zu Art. 126.

[86]) Staub S. 439 Anm. 5 zu § 139; 8. Aufl. S. 511 Anm. 6, 4a zu § 135; Lehmann-Ring S. 294 Nr. 2 zu § 135; Puchelt-Förtsch S. 279 Anm. 4 zu Art. 126; Gareis u. Fuchsberger S. 259 Anm. 181; Hergenhahn-Tuchatsch S. 252; Renaud, KG. 481 a. E. f.; Staudinger S. 460 Anm. 3aβ zu § 725 BGB.; Knoke 109a. E. f. (549 f.).

der Auflösung die Kündigung wirkungslos macht. Das Interesse des Privatgläubigers geht lediglich auf Befriedigung, sein Kündigungsrecht ist nur ein Rechtsbehelf der Vollstreckung und erlischt, sobald sein Interesse infolge Befriedigung wegfällt, dagegen ist es kein Mittel für die anderen Gesellschafter, sich ihres Mitgesellschafters zu entledigen. Insoweit sie die Zahlungsunfähigkeit ihres Mitgesellschafters als Entscheidungsgrund geltend machen wollen, sind sie auf den durch § 133 gebotenen Weg gewiesen. Die vom Gläubiger ausgegangene Aufkündigung begründet weder für den Schuldner noch für die übrigen Mitgesellschafter ein Recht, die Auflösung zu verlangen. Ebensowenig kann dies nach Befriedigung der Privatgläubiger. Es steht deshalb nichts im Wege, einen Widerruf der Kündigung durch den Privatgläubiger für wirksam zu erklären.[87]) Die übrigen Gesellschafter sind nach § 268 BGB. berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, da sie durch die Zwangsvollstreckung in den Anteil des Schuldners ihres Mitgesellschafters Gefahr laufen, Eigentum und Besitz am Gesellschaftsvermögen zu verlieren. Das auf sie übergangene Gläubigerrecht können sie aber nicht geltend machen, da die Ausübung desselben mit ihren Gesellschafterpflichten in Widerspruch stände und gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[88])

Voraussetzung für die Entstehung dieses Kündigungsrechtes ist nun 1. daß innerhalb der letzten sechs Monate auf Grund eines vollstreckbaren Titels — ein vorläufig vollstreckbarer Titel genügt, da das Gesetz dies nicht verbietet —, fruchtlose Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters stattgefunden hat. Im Gegensatz zum alten HGB. Art 126 ist genügend, daß irgend ein Privatgläubiger dies getan hat; „um nutzlose Weiterungen zu verhüten" ist es nicht mehr notwendig, daß der kündigende Privatgläubiger selbst die fruchtlose Exekution vorgenommen hat.[89]) Dagegen ist anders als im alten Handelsgesetzbuch eine Frist von sechs Monaten festgesetzt worden, innerhalb der die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht sein muß. Diese Frist ist zurückzurechnen von dem Zeitpunkte, in welchem die Pfändung des Anspruchs auf dasjenige verwirkt wurde, was dem Schuldner bei der Auseinandersetzung zukommt, und ist nach §§ 187, 188 BGB. zu berechnen. Es braucht nicht dargetan zu werden, daß alle denkbaren Exekutionsmaßregeln ohne Erfolg gewesen sind. Ein Protokoll des Gerichtsvollziehers über vergebliche Mobiliarverpfändung ist genügend, dagegen ist die Leistung des Offenbarungseides nicht erforderlich. Andererseits wird der Privatgläubiger die Rechte des § 135 nicht geltend machen können, der die Mobiliarverpfändung überhaupt

---

[87]) Ebenso Lehmann-Ring S. 294 Nr. 2 zu § 135; anderer Ansicht: Goldmann S. 598 Ziff. 15, 3a zu § 135; Makower S. 265 Vc zu § 135.

[88]) Staub 8. Aufl. S. 511 Anm. 6, 4a zu § 135; Neumann S. 475 Anm. 2 zu § 725 BGB.

[89]) Mugdan S. 270, Denkschrift S. 98.

nicht versucht hat, weil eine solche offenbar erfolglos ist.[90]) Auch eine Glaubhaftmachung, daß die Vollstreckung voraussichtlich kein Ergebnis haben wird, genügt nicht. Das alte Handelsgesetzbuch erfordert erfolglose Exekution in das „Privatvermögen" des Gesellschafters, während das neue Handelsgesetzbuch nur eine solche in das bewegliche Vermögen — das ist alles, was nicht Immobiliarvermögen ist — verlangt.

Neben dieser erfolglosen Zwangsvollstreckung muß nun 2. der Privatgläubiger auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt haben, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Die tief einschneidende Wirkung des dem Privatgläubiger verliehenen Rechtes hat es angezeigt erscheinen lassen, einen Schuldtitel zu verlangen, der das Gläubigerrecht endgültig feststellt, z. B. ein rechtskräftiges Urteil, einen rechtskräftigen gerichtlichen Vergleich, Auszug aus der Konkurstabelle usf.

Drittschuldnerin rücksichtlich dessen, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommen würde, ist die Gesellschaft; deshalb ist auch ihr der Beschluß zuzustellen.[91])

Hat ein Privatgläubiger unter den ausgeführten Voraussetzungen gekündigt, so tritt prima facie die Auflösung der Gesellschaft ein. Allein das Gesetz will, da dies Gläubigerrecht einen schweren Eingriff in das Gesellschaftsverhältnis bildet, und andererseits das Interesse des Gläubigers nur auf Befriedigung gerichtet ist, die Gesellschaft in ihrem Bestande schützen und die Befriedigung des Gesellschafters ohne Auflösung ermöglichen. Demgemäß ist in § 141 HGB. bestimmt: „Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus."

Das Gesetz will die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft vor äußeren Einflüssen schützen.

Zunächst ist also ein Beschluß der übrigen Gesellschafter auf Fortsetzung nötig.[92]) Daß ein solcher nicht erst gefaßt werden braucht, wenn

---

[90]) Anders Hergenhahn-Tuchatsch S. 250/51.

[91]) Staub S. 438 Anm. 3 zu § 135, 8. Aufl. Anm. 4, 2b zu § 138 S. 510; Goldmann S. 596 Ziff. 7 II 3 zu § 135.

[92]) Das in § 141 anerkannte Recht der übrigen Gesellschafter, bei Aufkündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters oder bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern, ist dem bürgerlichen Recht unbekannt. Dies läßt nur eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags zu (BGB. § 736), die wie § 138 HGB. den Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern für den Fall der Kündigung, des Todes oder der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters ausspricht. In der Literatur wird auch fast allgemein eine diesbezügliche Gesellschaftsvertragsbestimmung für den Fall der Kündigung durch einen

das Fortbestehen trotz Kündigung eines Privatgläubigers eines Mitglieds im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, ist schon oben erörtert worden.[93]) Die Beschlußfassung muß vor Eintritt der Endfolge der Kündigung, „der Auflösung" erfolgen und unterliegt den Regeln des § 119. Eine Form für die Beschlußfassung ist nicht vorgeschrieben. Die Zustimmung aller verbleibenden Gesellschafter ist erforderlich, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrage Majoritätsbeschluß vorgesehen ist.[94]) Der zu Exkludierende braucht nicht gefragt zu werden.

Der Fortsetzungsbeschluß muß den Privatgläubiger vor Eintritt der Auflösung von „den übrigen Gesellschaftern" erklärt werden. Es genügt deshalb nicht, daß nur der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Erklärung abgibt. Daß die Erklärung gerade auf Grund des Fortsetzungsbeschlusses erfolgt, braucht nicht erklärt zu werden, doch kann der Privatgläubiger einwenden, daß kein ordnungsmäßiger Beschluß vorliegt, denn dies ist Voraussetzung der Erklärung.[95]) Dann ist er aber beweispflichtig. Die Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem abwesenden Privatgläubiger gegenüber abgegeben nach § 130 BGB. in dem Zeitpunkt, in dem sie ihm zugeht, dem anwesenden Gläubiger gegenüber abgegeben in dem Zeitpunkt, in dem sie ihm vernehmbar und erkennbar wird, wirksam wird. Eine Zustimmung des Privatgläubigers ist nicht erforderlich. Erfolgt die Erklärung verspätet, so ist sie als einseitige nur für zulässig zu erachten, wenn der Privatgläubiger und der Ausscheidende einwilligen.[96]) Dies folgt aus dem Grundsatze, daß die Gesellschaft nicht schon mit der Kündigung, sondern erst mit der definitiven Auseinandersetzung aufgelöst wird.

Geben die übrigen Gesellschafter nach Maßgabe des Vorstehenden die Fortsetzungserklärung dem Privatgläubiger gegenüber ab, so scheidet der Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus, die letztere bleibt unter den übrigen Gesellschaftern bestehen.

---

Privatgläubiger zugelassen (Knoke S. 127; Planck S. 480). In bezug auf das Gläubigerkündigungsrecht unterscheidet sich BGB. ebenso wesentlich vom HGB., indem BGB. die Frist von sechs Monaten, innerhalb der die erfolglose Exekution in das bewegliche Privatvermögen erfolgt sein muß, nicht kennt und der Gläubiger ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann (§ 725 BGB.).

[93]) vgl. oben § 3 S. 9 f.

[94]) Goldmann S. 631 Ziff. 3, 1b zu § 141; Staub 8. Aufl. S. 528 Anm. 1, 1a zu § 141.

[95]) Staub S. 457 Anm. 1, 1a zu § 141, 8. Aufl. S. 528, 1a zu § 141.

[96]) Makower S. 278 1 zu § 141; Staub S. 457 Anm. 1, 1a Abs. 2 zu § 141, 8. Aufl. S. 528, 1a Abs. 2 zu § 141.

§ 8.

## 3. Kündigung durch den Ehemann einer Gesellschafterin.

Nach altem Handelsgesetzbuch konnte der Ehemann durch Rücknahme seiner ehemännlichen Genehmigung zum Handelsbetriebe den Austritt der Ehefrau aus der offenen Handelsgesellschaft erwirken.[97])

Nach § 1358 BGB. kann der Ehemann, falls sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hat, das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. Die Ermächtigung ist vom Vormundschaftsgericht dann zu erteilen, wenn die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.

Da Ehefrauen auch ohne Genehmigung ihres Mannes Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft werden können,[98]) wird dieses Kündigungsrecht von Bedeutung für die offene Handelsgesellschaft, bei der eine Ehefrau als Gesellschafterin sich zur Leistung persönlicher Dienste ohne Zustimmung ihres Ehemannes verpflichtet hatte, in der sie z. B. geschäftsführende Gesellschafterin ist. Staub[99]) ist der Ansicht, das Kündigungsrecht gehe hier nur so weit, als der Ehemann die Verpflichtung zur persönlichen Leistung zum Stillstand bringen könne, daß er dagegen nicht auch das ganze Rechtsverhältnis, dessen Bestandteil jene Verpflichtung ist, zur sofortigen Lösung bringen könne. Diese Auffassung begründet er damit, daß das Kündigungsrecht des Ehemanns ein außerordentliches Rechtsmittel sei und nicht über das vom Gesetzgeber gesteckte Ziel, eine mit den ehelichen Pflichten der Frau nicht zu vereinbarende Verpflichtung zu lösen, ausgedehnt werden dürfe. Nur für die anderen Gesellschafter werde im Einzelfall sich hieraus ein Auflösungs- bezw. Ausschließungsgrund ergeben. Für diese Meinung gewährt § 1358 BGB. m. E. keinen Anhalt, denn er spricht nur allgemein von dem zu kündigenden „Rechtsverhältnis", nicht speziell von der einzelnen in Person zu bewirkenden Leistung. Aus diesem Grunde kann man der Kündigung des Ehemannes die Wirkung der Auflösung der Gesellschaft nicht versagen, andererseits wird man aber §§ 132, 141 HGB. analog anzuwenden haben, da die ratio legis hier die gleiche ist.[100])

Voraussetzung ist, daß die Ehefrau nach ihrer Verheiratung sich zur Leistung persönlicher Dienste verpflichtet hat, z. B. als geschäftsführende Gesellschafterin tätig zu sein.

---

[97]) Behrend S. 463 Anm. 7 zu § 64; Hergenhahn-Tuchaisch S. 270; a. A. Renaud, KG. S. 137/38.

[98]) Staub 8. Aufl. S. 416 Anm. 26 zu § 105.

[99]) Staub Anm. 98, 99 S. 36 f., 8. Aufl. S. 23 f. Anm. 73 u. 74 unter 10.

[100]) Lehmann-Ring S. 289 Nr. 4 zu § 132, S. 307 Nr. 4 zu § 141; Goldmann I S. 7 § 1.

Die Ehegatten müssen in häuslicher Gemeinschaft leben, es sei denn, daß die Ehefrau sich gerade zur Erfüllung der fraglichen Verpflichtung entfernt hat.[101])

Weiter ist eine Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts zur Kündigung erforderlich, die bei Beeinträchtigung der ehelichen Interessen durch die Tätigkeit der Frau zu erteilen ist. Dadurch wird dem Kündigungsrechte des Mannes schon eine gewisse Grenze gezogen, da das Vormundschaftsgericht seine Ermächtigung in Anbetracht der schwerwiegenden Folgen nur aus zwingenden Gründen erteilen wird. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Ehemann der Verpflichtung zugestimmt hat oder seine Zustimmung auf Auftrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist.[102]) Ein Verzicht auf das Kündigungsrecht schlechthin ist nichtig,[103]) dagegen kann in Ansehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, z. B. für die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft als geschäftsführende Gesellschafterin gültig verzichtet werden.[104])

Die Kündigung kann erfolgen, gleichgültig, ob die Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, und unterliegt den oben erörterten allgemeinen Regeln.[105]) Auch hier gilt, daß sie von dem Manne allen Gesellschaftern gegenüber zu erklären ist und in analoger Anwendung von § 122 nur für den Schluß des Geschäftsjahres erfolgen kann. Das Kündigungsrecht ist ein eigenes Recht des Mannes und von der Zustimmung der Frau unabhängig, da ja gerade die Frau gezwungen werden soll, die die eheliche Gemeinschaft beeinträchtigende Tätigkeit auch gegen ihren Willen aufzugeben. Unzutreffend ist deshalb die Ansicht von Düringer und Hachenburg, die annehmen, ein Zwangsmittel zur Realisierung des dem Manne zustehenden Kündigungsrechtes stehe ihm nicht zu. Der Ungehorsam der die Gesellschaft fortsetzenden Frau diene nur als Scheidungsgrund, die Kündigung sei dem dritten Gesellschafter gegenüber nur wirksam, wenn die Frau zustimme, nur in diesem Falle könne die Frau von dem Gesellschaftsvertrage befreit werden.[106])

Schließt man sich der vom Verfasser vertretenen Ansicht an, daß die Kündigung des Ehemanns die offene Handelsgesellschaft zur Auflösung bringt, so muß man folgerichtig die entsprechende Anwendung des § 141 HGB. zulassen, da auch hier dieselben Gründe für die Erhaltung der

---

[101]) Staudinger IV S. 129 Anm. 2c zu § 1358 BGB.

[102]) Dem Vormundschaftsgericht steht die Entschließung darüber dann zu: α) wenn der Ehemann durch Krankheit oder Abwesenheit an der Erklärungsabgabe verhindert und Gefahr im Verzug ist, oder wenn β) die Verweigerung der Zustimmung seitens des Mannes sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

[103]) Staudinger IV S. 131 Anm. 11 zu § 1358 BGB.; Planck IV S. 81.

[104]) Matthiaß II S. 253 § 84 B 1; Planck IV S. 81 unter 3.

[105]) vgl. oben § 7 S. 17 ff.

[106]) Düringer und Hachenburg I S. 8; Neumann Bd. 2 S. 53 unter IIIc zu § 1358 BGB.

offenen Handelsgesellschaft sprechen.[107]) Für den Fortsetzungsbeschluß und seine Erklärung gelten die oben erwähnten Regeln,[108]) nur daß die Erklärung dem Ehemanne gegenüber zu erfolgen hat. Mit dem Schlusse des Geschäftsjahres scheidet dann die Ehefrau aus der Gesellschaft aus.

## § 9.

## 4. Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters.

Das Handelsgesetzbuch dehnt die oben in § 7 erörterten Grundsätze der Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft auch bei Fehlen einer diesbezüglichen Klausel im Gesellschaftsvertrage auch auf den Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters aus. Diese Bestimmung war dem alten Handelsgesetzbuch unbekannt. Als eine Folge des von Keyßner[109]) schon für das alte Handelsgesetzbuch erwähnten Umstandes, daß es sehr wohl im Interesse aller Beteiligten liegen könne, den dem Gemeinschuldner am Gesellschaftsvermögen zustehenden Anteil in kürzerer Zeit zu ermitteln als durch ein weitläufiges Liquidationsverfahren, und denselben dergestalt auszuschichten, daß die zurückbleibenden Gesellschafter das betriebene Geschäft fortsetzen, erklärt auch Renaud[110]) die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern trotz Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters für zulässig, fordert aber die Zustimmung „aller Beteiligten, d. h. der Kreditoren des in Konkurs gefallenen Gesellschafters und sämtlicher übrigen socii". Das neue Handelsgesetzbuch geht von dem Grundsatze der Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft aus und fordert in § 141 Abs. 2 nur eine Erklärung an den Konkursverwalter auf Grund eines von den übrigen Gesellschaftern gefaßten Fortsetzungsbeschlusses. Die Gründe, aus denen das Handelsgesetzbuch für den Fall der Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern das Recht gewährt, die Auflösung der Gesellschaft abzuwenden, sprechen, wie die Denkschrift[111]) ausführt, dafür, dieses Recht auch im Falle des Konkurses eines Gesellschafters anzuerkennen.

Notwendig ist eine Erklärung der übrigen Gesellschafter — nicht der Gesellschaft — an den Konkursverwalter des Inhalts, daß die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortgesetzt werden solle. Seine

[107]) Lehmann-Ring S. 307 Nr. 4 zu § 141.
[108]) vgl. oben § 7 S. 22 a. E. ff.
[109]) Keyßner, Erhaltung S. 26 a. E.
[110]) Renaud, KG. S. 479.
[111]) Mugdan S. 273, Denkschrift S. 101.

Zustimmung ist nicht erforderlich; von der Beschlußfassung und der Erklärung dieses Beschlusses gelten die oben entwickelten Grundsätze.[112])

Nach der herrschenden Ansicht[113]) hat die Erklärung unverzüglich — mindestens bald tunlichst zu erfolgen. Wenn dies auch nicht im Gesetz zum Ausdruck gebracht sei, müsse ein schuldhaftes Verzögern den Verlust des Rechtes zur Folge haben. Diese Auffassung begründet man damit, daß die Bestimmung des § 141 Abs. 2 eine durchaus exzeptionelle sei und daß die Gesellschaft mit der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters ipso jure aufgelöst werde. Es sei juristisch inkonsequent, daß die aufgelöste, nicht mehr bestehende Gesellschaft fortgesetzt werde, der Gesetzgeber behelfe sich nur mit einer Fiktion, indem er die bereits aufgelöste Gesellschaft als für eine gewisse Zeit fortbestehend betrachte. Wenn nun der Gesetzgeber eine solche Begriffswidrigkeit zulasse, dann wolle er sie sicherlich nur in den engsten Grenzen zulassen, und man treffe nur dann seine Intensionen, wenn man das tatsächlich unvermeidliche, juristisch zu ignorierende Spatium von dem Eintritt des Konkurses ab bis zur Fortsetzungserklärung so eng als möglich bemesse. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Wie schon mehrfach hervorgehoben, wird die Gesellschaft mit dem Eintritt der sogen. Auflösungsgründe nicht ipso jure aufgelöst, sie tritt vielmehr nur in ein Auflösungsstadium und wird erst mit der definitiven Auseinandersetzung aufgelöst. Infolgedessen kann an sich auch die Erklärung bis zu diesem Zeitpunkt abgegeben werden; sie bewirkt, daß die im Auflösungsstadium befindliche Gesellschaft von neuem auflebt. Um dem Konkursverwalter die Möglichkeit zu geben, einen Entschluß der Gesellschafter herbeizuführen, wird man mit Makower[114]) die Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Wahlobligation (§§ 262 ff. BGB.) für zulässig erachten müssen und demgemäß dem Verwalter das Recht geben und die Pflicht auferlegen, die anderen Gesellschafter zu einer Erklärung aufzufordern und sie event. auf diese Weise in Verzug zu setzen. Letzterenfalls kann ihnen der Konkursverwalter eine angemessene Frist gemäß § 264 Abs. 2 BGB. setzen, nach deren fruchtlosen Ablauf ihr Recht aus § 141 Abs. 2 HGB. erloschen ist.

## § 10.

## 5. Ausschließung auf Grund richterlichen Erkenntnisses bei wichtigem Grund.

§ 140 HGB. regelt die Ausschließung eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft, das ist dessen von den Mitgesellschaftern er-

[112]) vgl. oben § 7 S. 21 f.

[113]) Goldmann S. 632 Ziff. 10 II 3 zu § 141; Lehmann-Ring S. 306 Nr. 1 zu § 141; Staub S. 458 Anm. 4 zu § 141, 8. Aufl. S. 529 Anm. 4 zu § 141.

[114]) Makower S. 278 II zu § 141.

zwungene Entfernung aus dem Gesellschaftsverbande. Diesem Paragraphen liegt das schon öfters erwähnte Prinzip der Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft zugrunde; der Gesetzgeber will die Dauer der offenen Handelsgesellschaft von der Willkür einzelner untauglicher Mitglieder unabhängig machen und schützt sie deshalb in ihrem Bestande, wo er nur kann. Trotzdem sie Personenverband ist, soll sie ihren dauernden Zielen entsprechend möglichst unabhängig vom Schicksal ihrer einzelnen Mitglieder gemacht werden.[115]) Schon das alte Handelsgesetzbuch kannte eine solche Bestimmung in Art. 128, aus dem der § 140 HGB. hervorgegangen ist. Eine ähnliche Bestimmung kennt auch das Bürgerliche Gesetzbuch,[116]) die aber nach zwei Richtungen hin wesentlich vom Handelsgesetzbuch abweicht. Während das Handelsgesetzbuch auch ohne Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrage die Ausschließung zuläßt, ist dieselbe nach Bürgerlichem Gesetzbuch nur dann gestattet, wenn im Gesellschaftsvertrage bei Kündigung eines Gesellschafters der Fortbestand unter den übrigen vereinbart war. Die Ausschließung erfolgt nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch gemeinschaftliche Erklärung der übrigen Gesellschafter, dagegen muß sie nach Handelsgesetzbuch im Klageweg geltend gemacht werden und erfolgt dann durch richterliches Urteil.

Zum Begriffe der Ausschließung gehört es, daß sie kein freiwilliger Austritt sein darf, es steht vielmehr der Auszuschließende den übrigen, die ihn ausschließen wollen, widerstrebend gegenüber. Nicht zu verwechseln damit ist die Geltendmachung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.[117]) In diesen Fällen bezwecken die Gesellschafter Lösung des gemeinschaftlichen Bandes, das sie mit dem betrügerischen usw. Mitgliede verband, weil sie einen Gesellschaftsvertrag, wie er mit ihm geschlossen wurde, gar nicht gewollt haben. Der Erfolg ist dann ebenso ein verschiedener, der Gesellschaftsvertrag gilt nach § 142 BGB. als von Anfang an nichtig. Von einer Fortsetzung unter den anfechtenden Gesellschaftern kann daher keine Rede sein.

Materielle Voraussetzung ist, daß in der Person des Auszuschließenden ein wichtiger Grund vorliegt, der den anderen Gesellschaftern nach § 133 HGB. das Recht geben würde, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Dagegen ist es gleichgültig, ob die Gesellschaft für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist. Nicht alle gemäß § 133 HGB. als „wichtig" erscheinenden Gründe und nicht unter allen Umständen können dieselben den Ausschließungsantrag der übrigen Gesellschafter gerechtfertigt erscheinen lassen, sondern nur solche, welche sich in der Person des Auszuschließenden ereignet haben. So müssen alle die Gründe ausscheiden, welche nicht in der Person des Auszuschließenden, sondern in

---

[115]) Denkschrift S. 100, oben in Anm. 16 S. 4.
[116]) § 737 BGB.
[117]) §§ 119, 123 BGB.

der Person eines anderen Gesellschafters, oder welche in den eingetretenen Verhältnissen — z. B. mangelnde Rentabilität des Unternehmens — liegen, wenn sie auch nach § 133 einen Auflösungsgrund bieten würden. Inwieweit ein nach § 133 HGB. für wichtig zu erachtender Grund auch für die Ausschließung als „wichtig" anzusehen ist, ist dem freien richterlichen Ermessen überlassen. In dieser Beziehung hat das Reichsgericht [118]) folgende Grundsätze aufgestellt: „Ist der Antrag auf Ausschließung gestellt, so ist zunächst zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der im Sinne des Art. 125 (§ 133) wichtig genug ist, daß aus demselben würde auf Auflösung erkannt werden können. Für diese Untersuchung ist dem Richter durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß dadurch seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht etwa darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher auf Verschulden eines Gesellschafters beruht oder überhaupt in dessen Person liegt. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Umstände können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen, und es können auf diese Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde. Die Wirkung der Anerkennung der Wichtigkeit eines Auflösungsgrundes oder einer Mehrheit von solchen ist, daß auf Antrag eines einzelnen Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vom Richter auszusprechen ist, und daß infolge davon Liquidation eintritt. . . . Wenn es sich um Anwendung des Art. 128 (§ 140) handelt, liegt dem Richter noch eine weitere Denkoperation ob, als bei Anwendung des Art. 125 (§ 133) . . . Die Auflösung der Gesellschaft ist an sich eine alle Gesellschafter gleichmäßig berührende rechtliche Tatsache. Anders bei Art. 128 (§ 140). Die Ausschließung ist gegen den einzelnen Gesellschafter gerichtet. Dieser wird in besonderer Weise von ihr getroffen. Der Richter hat darum zu untersuchen, ob zur Herbeiführung dieses besonderen Erfolges ein besonderer Grund vorliegt. Allerdings beschränkt Art. 128 (§ 133) die Ausschließung nicht auf den Fall des Verschuldens des Auszuschließenden, nur „in der Person desselben" muß der Grund liegen, und das kann auch ohne Verschulden desselben vorkommen, wie z. B. im Falle des Art. 125 Abs. 3 Nr. 5 (Unfähigwerden des Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen). Allein gerade der Umstand, daß die Spitze der gesetzlichen Bestimmung gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet ist, welcher zugunsten der übrigen Gesellschafter in eine unvorteilhafte, jedenfalls in eine von ihm

[118]) RG. XXIV Nr. 25 S. 137 ff.

nicht gewollte Lage versetzt werden soll, weist daraufhin, daß der Richter im Sinne des Gesetzgebers handelt, wenn er die Frage, ob der Aufhebungsgrund verschuldet ist oder nicht, in den Kreis seiner Betrachtungen zieht,[119]) und wenn er bei Prüfung der Wichtigkeit des geltend gemachten Ausschließungsgrundes einen strengen Maßstab verwendet."

Darnach ist also ein Verschulden nicht immer nötig — z. B. würde unter Umständen Unfähigkeit zur Vornahme von Gesellschaftsgeschäften infolge von Geisteskrankheit, Abwesenheit des Gesellschafters aus dem Lande, Berufung desselben zu einem Staatsamte, welches ihn dem Geschäft völlig entzieht, genügen —, aber bei der Schwere der Maßregel und dem fast strafartigen Charakter derselben wird im allgemeinen ein unverschuldeter Grund nicht wichtig genug sein. Ebenso wird der Richter auch das Verhalten der anderen Gesellschafter mit zu berücksichtigen haben, und der Auszuschließende wird ein vertragswidriges Verhalten derselben zum Zwecke der sogen. Kompensation des Verschuldens geltend machen können.[120]) Möglicherweise wird eine an sich die Ausschließung rechtfertigende Tatsache infolge des Verhaltens der übrigen Gesellschafter, die es nicht besser machten, diesen Charakter einbüßen, wenn man die sonst unter den Gesellschaftern herrschenden Gepflogenheiten betrachtet.[121]) Die Verfehlungen der anderen Gesellschafter werden einen Maßstab bieten für die Handlungsweise des Auszuschließenden und die Schwere des gegen ihn geltend gemachten Grundes, doch ist andererseits nicht alleiniges Verschulden des Auszuschließenden zu beweisen.

Eine Schädigung der Gesellschaft muß nicht erfolgt sein, diese kann durch dazwischentretende Umstände abgewendet oder braucht überhaupt nicht eingetreten zu sein, und trotzdem kann der Grund so schwerwiegend sein, daß den übrigen Gesellschaftern eine Fortsetzung mit dem Auszuschließenden nicht zugemutet werden kann.[122])

Den Gesellschaftern ist es unbenommen, im Gesellschaftsvertrage oder mittels späterer Vereinbarungen absolute Ausschließungsgründe, welche unter allen Umständen den übrigen Gesellschaftern das Recht geben sollen, auf Ausschließung zu klagen, festzusetzen, oder zu bestimmen, inwieweit solche als „wichtig" gelten sollen, oder daß Umstände, welche an und für sich einen Ausschließungsgrund darstellen, insbesondere solche, welche ohne Verschulden eines Gesellschafters eintreten — wie z. B. Krankheit —, nicht geeignet sein sollen, die Ausschließung herbeizuführen, doch darf dies nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschehen.[123]) So können solche Vereinbarungen nicht dem § 140 HGB. entgegen ganz

---

[119]) Ebenso Behrend § 80 Anm. 5 S. 555.
[120]) RG. XXIV Nr. 25 S. 139; Busch, Arch. VIII S. 212 f.
[121]) RG. XXIV Nr. 25 S. 139.
[122]) Busch, Arch. S. 214 VIII.
[123]) Erk. d. preuß. OTr. v. 9. 12. 1875 und 25. 1. 1876, Entsch. Bd. 77 S. 90 u. 93; ROHG XXI S. 84 f.

geringfügige Versehen zu trotzdem Wichtigem erheben. Ebenso kann es nicht dem Beschluß der übrigen Gesellschafter überlassen bleiben, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob ein Grund „wichtig" ist oder nicht,[123]) da ein Gesellschafter nicht lediglich von der Willkür der übrigen abhängig sein soll.

Die Praxis hat die verschiedensten Fälle aufgestellt, die einen Ausschließungsgrund abgeben. Danach liegt ein Ausschließungsgrund vor:

wenn ein Gesellschafter sich weigert, bei der Anmeldung mitzuwirken,[124])

wenn er die versprochene Einlage nicht leistet,[125])

wenn er die von ihm zugesicherte Geschäftsführung unterläßt,[126])

wenn er bei Ausübung seiner Geschäftsführungspflicht nicht diejenige Sorgfalt verwendet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt,[127])

wenn er unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse entnimmt oder für die Gesellschaft vereinnahmte Gelder nicht rechtzeitig abliefert,[128])

wenn er auf Schuldverhältnisse der Gesellschaft sich beziehende wichtige Schriftstücke vernichtet und dadurch sich eine das Vertrauen seiner Mitgesellschafter untergrabende Pflichtwidrigkeit zuschulden kommen läßt,[129])

wenn er, ohne das Schriftstück vernichtet zu haben, unter wissentlich falscher Angabe der Vernichtung und unter dem Erbieten zu eidlicher Ableugnung des Besitzes das Schriftstück verhehlt,[130])

wenn insbesondere der geschäftsführende Gesellschafter, obwohl die anderen nicht am Sitze des Geschäftsbetriebs wohnenden Gesellschafter ihm die ganze Leitung des Geschäfts überlassen hatten, die vertragsmäßig übernommene Aufstellung von Inventur und Bilanz unterlassen hat,[131])

wenn der Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter Geschäfte abgeschlossen hat, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgingen,[132]) selbst wenn dadurch ein günstiger Erfolg erzielt wurde,

wenn er die Firma für seine Privatzwecke mißbrauchte,[133])

wenn überhaupt eine schuldhafte Handlung eines Gesellschafters so beschaffen war, daß sie voraussichtlich eine Schädigung der Gesellschaft

---

[124]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 31, 282.
[125]) ROHG. X Nr. 102 S. 436, Bolze VIII Nr. 554.
[126]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 105.
[127]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 105.
[128]) ROHG. XX Nr. 71 S. 265 f.
[129]) Busch, Arch. VIII S. 214.
[130]) Seuff. Arch. XXII Nr. 64 S. 88.
[131]) ROHG. XX Nr. 67 S. 244.
[132]) ROHG. XX Nr. 67 S. 247.
[133]) ROHG. XX Nr. 71 S. 265.

zur Folge haben würde, sollte dieser Erfolg auch durch dazwischengetretene Umstände beseitigt sein,[134])

wenn er gegen das Konkurrenzverbot des § 112 HGB. verstößt,[135])

wenn Tatsachen sich in der Person eines Gesellschafters ereignet haben, die das gedeihliche Zusammenwirken der Gesellschafter für die Zukunft verhindern, z. B. Real- oder Verbalinjurien, Ehebruch mit der Ehefrau eines Gesellschafters.[136])

Auch für die angeführten Fälle bleibt es natürlich quaestio facti, ob sie bei Berücksichtigung aller Nebenumstände einen wichtigen Grund bilden. So kann man z. B. nur dann einen Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens dafür ansehen, wenn dieser erheblich ist, beispielsweise nicht schon dann, wenn ein Gesellschafter einige Postwertzeichen oder Geschäftsbriefbogen zu seinen Privatzwecken benutzte.[137])

Nicht für wichtig ist z. B. von der Praxis angesehen worden:

wenn ein Gesellschafter Geschäfte über 3000 Mk. abschloß, obgleich er vertragsmäßig nur bis zu 3000 Mk. abschließen durfte,[138])

wenn er 5000 Mk. aus der Gesellschaftskasse entnahm, obgleich er nur 3000 Mk. zu entnehmen hatte,[138])

wenn er mehr Pferde auf Kosten der Gesellschaft hielt, als er hatte halten dürfen,[138])

wenn er sich weigerte, einen Eid für die Gesellschaft zu leisten,[139])

wenn er für ein Jahr 600 Mk. Repräsentationsgelder wie in früheren Jahren aus der Gesellschaftskasse erhoben hat, für das ihm solche nicht zukommen sollten,[140])

wenn er, nachdem ihm die Vertretung der Gesellschaft entzogen war, sich auch der Geschäftsführung überhaupt enthalten hat,[141])

wenn er sich Unordnungen in der Buchführung zuschulden kommen ließ,[142]) (wenigstens kann das nicht schlechthin einen wichtigen Grund bilden),

wenn durch Verheiratung einer Frau, die vor der Eheschließung schon Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft war, der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, derjenige der allgemeinen Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft begründet wurde.[143])

Formelle Voraussetzung für die Realisierung der Ausschließung ist

---

[134]) Bolze IX Nr. 464 S. 211.
[135]) Mugdan S. 259, Denkschr. S. 84 a. E.
[136]) ROHG. XXIV Nr. 81 S. 310, Buschs Arch. S. 213 VIII.
[137]) Staub S. 435 Anm. 15 zu § 141; Bolze V Nr. 745.
[138]) Bolze IX Nr. 465 S. 211.
[139]) Bolze IX Nr. 466 S. 212.
[140]) Bolze IX Nr. 465 S. 211.
[141]) Bolze IX Nr. 465 S. 211.
[142]) ROHG. XVIII Nr. 101 S. 393.
[143]) JurW. XXXI 1902 S. 50; dagegen altes HGB., Staub 5. Aufl. § 106 zu Art. 123; Behrend S. 463 § 60 Anm. 7.

ein Antrag der sämtlichen treugebliebenen Gesellschafter in Form einer Klage. Sofern die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegeben sind, kann auch der Erlaß einer solchen beantragt werden.

Die Klage ist von sämtlichen Gesellschaftern, gleichgültig ob geschäftsführende oder nichtgeschäftsführende, zu erheben, oder es müssen wenigstens die als Kläger auftretenden die Zustimmung der übrigen erbringen. Verweigert auch nur einer der Gesellschafter seine Zustimmung, so wird die Klage mangels der erforderlichen Einstimmigkeit hinfällig und es kann nur noch auf Auflösung geklagt werden.[144])

Klaggrund ist das Vorliegen des besprochenen „wichtigen Grundes" in der Person des Auszuschließenden, gegen den sich die Klage richtet. Vorherige Aufforderung, freiwillig auszuscheiden, ist auch der Kosten wegen nicht nötig, da hier der Ausscheidende den übrigen Grund zur Klage gegeben hat.[145]) Sie kann auch zugleich gegen mehrere Gesellschafter gerichtet werden, sofern in ihrer Person die materielle Voraussetzung für die Klage gegeben ist; die §§ 59, 60 ZPO. können dann Anwendung finden. Die von Lehmann-Ring[146]) vertretene Ansicht, daß die Klage nur gegen einen Gesellschafter sich richten könne, weil das Gesetz nur von „einem" Gesellschafter spricht, in dessen Person der die Ausschließung rechtfertigende Grund eintritt, ist zu eng und der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechend. Der § 140 will den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit geben, unter Erhaltung der Gesellschaft sich von schlechten Elementen zu befreien, und spricht deshalb allgemein von einem Gesellschafter, d. h. von irgendwelchen schlechten Gesellschaftern im Gegensatz zu den die Ausschließung verlangenden Mitgliedern. Das von Lehmann-Ring für diesen Fall geforderte gesonderte Vorgehen gegen die einzelnen Auszuschließenden wäre eine nutzlose Weitläufigkeit, für die ein Grund nicht ersichtlich ist. Der Antrag muß nicht sofort nach Eintritt des Ausschließungsgrundes gestellt werden, doch empfiehlt sich dies, da in der Fortsetzung des Verhältnisses leicht ein Verzicht gefunden werden kann.[147])

Die Klage auf Ausschließung ist in der Klage auf Auflösung nicht enthalten[148]) und umgekehrt; es kann aber außer dem Hauptantrag auf Ausschließung noch ein Eventualantrag auf Auflösung gestellt sein,[149]) auch können, wenn ein Gesellschafter auf Auflösung aus einem in seiner Person liegenden Grunde geklagt hatte, die übrigen durch Widerklage

---

[144]) Heyßner, Erhaltung S. 44; Lehmann-Ring S. 305 Nr. 4 zu § 140; Staub S. 454 Anm. 1 zu § 140.
[145]) vgl. Staub 432 Anm. 5 zu § 133 und S. 454 Anm. 1 zu § 140.
[146]) Lehmann-Ring S. 304 Nr. 2 zu § 140.
[147]) ROHG. VI Nr. 22 S. 112.
[148]) RG. XXIV S. 140 Nr. 25.
[149]) ROHG. VI Nr. 22 S. 112.

seine Ausschließung fordern. Die Ausschließung wird auch nicht durch Aufkündigung beseitigt.[150]) Da der Antrag auf Auflösung nicht den Antrag auf Ausschließung enthält oder umgekehrt, es vielmehr ihrer Art nach verschiedene Rechte sind, so ist die Umwandlung des einen Antrags in den anderen als Klageänderung unzulässig, sofern nicht die Voraussetzungen des § 264 ZPO. gegeben sind.[151]) Daher wäre auch ein Erkenntnis unzulässig, das statt der beantragten Ausschließung die Auflösung aussprechen wollte, denn Ausschließung bedeutet Fortbestand der Gesellschaft, welchem die erkannte Auflösung entgegenwirken würde.

Unwirksam wäre eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, daß die Ausschließung eines Gesellschafters von den übrigen ohne gerichtliche Entscheidung beschlossen werden könne.[152]) Die entgegengesetzte Ansicht von Lehmann-Ring[153]) ist nicht haltbar. Der geordnete Rechtsweg ist gerade für das Handelsgesetzbuch vom Gesetzgeber entgegen dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorgeschrieben, um den Auszuschließenden nicht der Willkür der übrigen preiszugeben. Es würde gegen die guten Sitten verstoßen, von vornherein den Betroffenen von dem Willen der anderen abhängig zu machen, ohne einem eventuellen Mißbrauch steuern zu können. Dagegen kann die Ausschließung als solche im Gesellschaftsvertrage für unzulässig erklärt werden.[154])

Zuständig für die Klage ist nach § 22 ZPO. dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Daneben ist auch das Gericht zuständig, bei dem der auszuschließende Gesellschafter seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Die Ausschließung erfolgt durch richterliches Urteil. Dieses hat konstitutive, nicht deklaratorische Wirkung; mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, während dieselbe unter den übrigen fortbestehen bleibt.[155]) Der Richter ist nicht etwa berechtigt, den Termin über die Rechtskraft des Urteils hinaus nach seinem Belieben zu verlegen. Ausnahmsweise soll für die Auseinandersetzung gemäß § 140 Abs. 2 die Vermögenslage zur Zeit der Klagerhebung zugrunde gelegt werden, denn da der Ausscheidungsgrund schon bei der Klagbehändigung vorhanden war, soll der Ausgeschlossene aus der

---

[150]) ROHG. VI Nr. 22 S. 112.

[151]) Staub 8. Aufl. S. 525 unter 1a zu § 140; Goldmann S. 627 Ziff. 7, 1c zu § 140; Makower S. 277 II b zu § 140; RG. XXIV Nr. 25 S. 140; anders Hergenhahn-Tuchatsch S. 286/87.

[152]) RG. XXVIII Nr. 33 S. 119f.; ROHG. XXI S. 84f.

[153]) Lehmann-Ring S. 305 Nr. 8 zu § 140.

[154]) Mugdan S. 272f., Denkschr. S. 100.

[155]) Staub S. 456 Anm. 6 zu § 140, 8. Aufl. S. 527 Anm. 6 zu § 140; Goldmann S. 630 Ziff. 17 unter 3 zu § 140; Lehmann-Ring S. 305 Nr. 6 zu § 140; Makower S. 277 IIIa zu § 140; Platzner bei Gruchot XXXVII S. 82; RG. XXIV Nr. 25 S. 138; a. A.: v. Hahn Art. 128 § 4 S. 93; Renaud, RG. S. 509; Keyßner, Erhaltung S. 44 § 6 bei Anm. 111.

Verzögerung der richterlichen Entscheidung kein Recht für sich herleiten dürfen.[156])

§ 11.

## b) Zurückbleiben von mehreren Gesellschaftern.

Das Ausscheiden ist ziffermäßig nur auf seiten der zurückbleibenden, nicht auf seiten der ausscheidenden Gesellschafter beschränkt. Demgemäß ist Voraussetzung für die in §§ 3—10 besprochenen Fälle, daß mehr als ein Gesellschafter in der offenen Handelsgesellschaft verbleibt, da dieselbe als Personenverband begriffsmäßig nicht aus einem Mitgliede bestehen kann.[157]) Erwähnt sei, daß nach der herrschenden Ansicht[158]) auch dann eine Gesellschaft bestehen bleibt, wenn vereinbarungsgemäß an Stelle des Ausscheidenden unmittelbar ein anderer in die Gesellschaft eintritt. In neuerer Zeit hat allerdings das Reichsgesetz die Begriffsmöglichkeit der weiteren Existenz der bisherigen offenen Handelsgesellschaft solchenfalls angezweifelt, und nur unter der Unterstellung, daß diese Möglichkeit bestehe, erklärt, daß die bisherige offene Handelsgesellschaft nur dann als fortbestehend angesehen werden könne, wenn der Wille der Parteien auf den Fortbestand der Gesellschaft gerichtet sei.[159]) Allerdings kann der Wille der Beteiligten dahin gerichtet sein, daß die bisherige Gesellschaft aufgelöst und eine neue gebildet wird, doch wird regelmäßig der Wille als auf die Fortdauer der Gesellschaft gerichtet anzusehen sein.[160])

Für das alte Handelsgesetzbuch bestand deshalb insbesondere auf Grund der übereinstimmenden Judikatur die Ansicht, daß bei einer aus zwei Mitgliedern bestehenden offenen Handelsgesellschaft das Ausscheiden

---

[156]) Staub S. 456 Anm. 6 zu § 140, 8. Aufl. S. 527 Anm. 6 zu § 140; anders BGB. § 737.

[157]) Staub S. 443 Anm. 2 zu § 138, S. 454 Einl. zu § 140, 8. Aufl. S. 515 Anm. 2 zu § 138, S. 525 Einl. zu § 140; Goldmann S. 607 Ziff. 4 zu § 138, S. 627 Ziff. 5 zu § 140; Lehmann-Ring S. 298 Nr. 1 zu § 138, S. 304 Nr. 2 zu § 140; Hergenhahn-Tuchatsch S. 278, 284; Renaud KG. S. 491; ROHG. XI Nr. 52 S. 160; RG. VII Nr. 39 S. 121; Johow XI Nr. 9 S. 29.

[158]) ROHG. XIV Nr. 47 S. 151; Bolze IX Nr. 478 S. 217; Johow XI S. 17 Nr. 9; OLG. Stuttgart in Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 233 S. 428; Renaud, KG. S. 491; Staub S. 424 Anm. 4 Abs. 2 zu § 130, 8. Aufl. S. 494 Anm. 3 Abs. 2 zu § 130; Lehmann-Ring S. 298 Nr. 1 zu § 138, S. 281 Nr. 1 Abs. 2 zu § 130; Goldmann S. 577 Ziff. 4 zu § 130 und die im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 1902 S. 475 ff. zitierte Literatur; abweichend: Makower 12. Aufl. S. 253, I a zu § 130.

[159]) JurW. 1899 S. 675 Nr. 13; RG. bei Holdheim XI S. 37 und im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. 1902 Bd. 12 S. 475 ff.

[160]) Holdheim XI S. 203; Staub 8. Aufl. S. 494 Anm. 3 Abs. 2 zu § 130.

oder die Ausschließung des einen notwendig die Auflösung zur Folge haben müsse.[161]) Da nun die bei weitem größte Anzahl der offenen Handelsgesellschaften nur aus zwei Mitgliedern besteht, so mußte das Heilmittel der Ausschließung für das alte Handelsgesetzbuch tatsächlich fast regelmäßig versagen. In dieser Beziehung finden wir im neuen Handelsgesetzbuch im § 142 einen wesentlichen Fortschritt. Darnach kann auch dann, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht und in der Person des einen von ihnen ein die Ausschließung rechtfertigender Grund eintritt, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Ebenso soll der Gesellschafter, dessen Mitgesellschafter in Konkurs verfällt, oder falls ein Privatgläubiger dieses Gesellschafters kündigt, berechtigt sein, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen. Mit dieser Vorschrift ist der Gesetzgeber in der Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft bezw. des Geschäfts einen bedeutenden Schritt vorwärts gegangen. Wie Lastig[162]) in überzeugender Weise dargelegt hat, haben wir es hier nicht mit einem Subjektswechsel, sondern mit einer inneren Wandlung des Subjekts zu tun. Der den Gesetzgeber bei Aufnahme dieser Vorschrift leitende Grund war das Bedürfnis des praktischen Lebens. So führt die Denkschrift[163]) aus: „Die Vorschriften des § 140 sind bestimmt, eine Lücke des geltenden Rechts auszufüllen, die sich in der Praxis vielfach bemerkbar gemacht hat. . . .“ An dieser Rücksicht (daß die Gesellschaft begriffsmäßig aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen muß) darf jedoch das berechtigte Interesse desjenigen Gesellschafters, welcher zur Auflösung der Gesellschaft keinen Anlaß gegeben hat, nicht scheitern. Es erscheint vielmehr geboten, daß auch in einem solchen Falle dem betreffenden Gesellschafter die Möglichkeit gegeben werde, die Liquidation des Geschäfts durch Übernahme desselben mit Aktiven und Passiven unter Abfindung des anderen Gesellschafters zu verhüten.

Analog dem § 138 kann auch bei einer Gesellschaft mit zwei Mitgliedern schon im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird oder ein Privatgläubiger eines Gesellschafters kündigt, der andere Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven oder Passiven soll übernehmen können unter Abfindung des Ausscheidenden.[164])

---

[161]) vgl. Hergenhahn-Tuchatsch S. 275 f., 284 f. und die dort angeführte Judikatur und Literatur.

[162]) Lastig S. 31, 4 f.

[163]) Mugdan S. 273, Denkschr. S. 101.

[164]) Staub S. 444 Anm. 6 zu § 138, 8. Aufl. S. 516 Anm. 6 zu § 138.

## § 12.

## IV. Zeitpunkt des Ausscheidens.

Je nach den Gründen des Ausscheidens ist auch der Zeitpunkt verschieden, an dem der Gesellschafter ausscheidet bezw. als ausgeschieden gilt. Dies wird insofern von großer Bedeutung, als von diesem Zeitpunkte an die Wirkungen und die Folgen des Ausscheidens eintreten.

Ist der Gesellschafter infolge Todes ausgeschieden, so gilt derselbe als mit dem Tode ausgeschieden. Ist dagegen im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters vorgesehen und haben die übrigen Gesellschafter seinen Antrag, ihm gemäß § 139 HGB. die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen, abgelehnt, während der Erbe nach § 139 Abs. 2 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden erklärt hat, so scheidet er mit dem Zeitpunkt, in welchem seine Erklärung wirksam wird, aus.[165])

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet und wird die Gesellschaft auf Grund der Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrage (§ 138) oder auf Grund einer Erklärung der übrigen Gesellschafter an den Konkursverwaltnr (§ 141 Abs. 2) fortgesetzt, so scheidet der Gesellschafter mit der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft aus.

Kündigt ein Gesellschafter, so scheidet er gemäß § 132 HGB. mit dem Ende des Geschäftsjahres aus. Bei Gesellschaften für bestimmte Zeit ist eine Kündigung im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem alten Handelsgesetzbuch überhaupt ausgeschlossen. Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag auch hier eine Kündigung zulassen. Ebenso kann er, entgegen dem § 132 den Termin, zu dem gekündigt werden darf, anderartig bestimmen, gleichgültig ob die Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist.[166]) Hier ist der Zeitpunkt des Ausscheidens der im Gesellschaftsvertrage bestimmte.

Macht ein Privatgläubiger nach § 136 von dem ihm zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch, und wird die Gesellschaft auf Grund einer Vertragsbestimmung[167]) oder auf Grund eines Beschlusses der übrigen Gesellschafter nach § 141 HGB. fortgesetzt, so scheidet der Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus.[168]) Analog dieser Bestimmung scheidet die Ehefrau, deren Ehemann von dem ihm nach § 1358 BGB. zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch macht, mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus. Nach Staub könnte der Zeitpunkt des Ausscheidens hier dann ein anderer werden,

---

[165]) BGB. § 130.
[166]) RG. XXI Nr. 20 S. 94; Goldmann S. 581 Ziff. 7 und 584 f. Ziff. 7.
[167]) vgl. oben § 3 S. 9 f.
[168]) § 141 Abs. 1 Satz 1.

wenn im Gesellschaftsvertrage für den Gesellschafter eine andere Kündigungsfrist bezw. ein anderer Zeitpunkt des Ausscheidens festgesetzt ist. Daß diese Ansicht nicht haltbar ist, ist bereits ausgeführt worden.[169])

Im Falle der Ausschließung des Gesellschafters auf Grund richterlichen Urteils scheidet der Ausgeschlossene mit der Rechtskraft des Urteils aus der Gesellschaft aus.[170]) Davon macht § 140 Abs. 2 insofern eine Ausnahme, als für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend ist, um den ausgeschlossenen Gesellschafter an einer für die Gesellschaft nachteiligen Geschäftsführung zu hindern.[171])

## V. Wirkungen des Ausscheidens im allgemeinen.

### § 13.

### 1. Fortbestehen der Gesellschaft; Ausschluß des Ausgeschiedenen von Vertretung und Geschäftsführung.

Die wichtigste Wirkung des Ausscheidens ist die Vermeidung der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und der dadurch bedingten Liquidation; sie bleibt juristisch bei voller Existenz, während nur eine teilweise Änderung in ihrem Personenstande eintritt. Sie endigt nur in Beziehung auf die Person des Ausscheidenden, der ihr nicht mehr als Gesellschafter angehört, sondern als Dritter gegenübersteht, und besteht im übrigen ipso jure mit allen ihren Rechten und Verbindlichkeiten fort. Die im Gesellschaftsvertrage gegebene Regelung der Vertragsverhältnisse nebst ihren durch Nachträge geordneten Abänderungen, Ergänzungen oder Beschränkungen bleibt für die verbleibenden Gesellschafter in voller Kraft. Das Vermögen bleibt in vollem Umfange Gesellschaftsvermögen, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedarf und mindert sich nur durch die Forderung des Ausgeschiedenen auf sein Auseinandersetzungsguthaben, falls sich ein solches für ihn ergibt. Infolgedessen kann er weder die Übertragung noch die Geltendmachung von Rechten der Gesellschaft hindern, zu beiden ist jetzt ausschließlich die Gesamtheit der verbliebenen Mitglieder legitimiert. Auch bei Grundstücken vollzieht sich das Anwachsen des Anteils ohne Auflassung und Eintragung. Da aber der Ausgeschiedene noch als Miteigentümer eingetragen sein kann, muß sein Name im Grundbuche gelöscht werden; nach § 894 BGB. ist er verpflichtet, seine Einwilligung zu erteilen, da es sich um eine Berichtigung des Grundbuchs handelt. Er hört ferner auf Mitschuldner der Gesellschaft zu sein, nur bleibt die

[169]) vgl. oben § 7 S. 17 f.
[170]) vgl. oben § 10 S. 33.
[171]) Puchelt S. 290 Anm. 4 zu Art. 130.

einmal begründete Solidarhaftung für alle vor seinem Ausscheiden entstandenen Schulden der Gesellschaft bestehen. Wird nach dem Ausscheiden Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, so nehmen alle ihre Gläubiger in voller Höhe ihrer Forderungen daran teil, mögen deren Ansprüche vor oder nach dem Ausscheiden von Gesellschaftern entstanden sein.

Zwischen dem Ausgeschiedenen und der Gesellschaft besteht eine gewisse Verbindung nur noch insoweit, als es sich um die vermögensrechtlichen Folgen seines Ausscheidens handelt, nämlich um die noch zu erörternde Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Ausgeschiedenen. Er selbst hat aber aufgehört, Sozius zu sein.[172]) Daraus folgt, daß er an der inneren Geschäftsführung wie auch der Vertretung nach außen nicht mehr teilnehmen darf, gleichgültig ob er bisher allein oder mit anderen Gesellschaftern als Geschäftsführer tätig war.

Diese Folgen treten aber erst mit dem erfolgten Ausscheiden ein. Deshalb bleibt überall da, wo zwischen der Entstehung des Ausscheidungsgrundes und dem Zeitpunkt des Ausscheidens eine Frist liegt, wie z. B. zwischen Kündigung und Ende des Geschäftsjahres, zwischen Klagerhebung bei der Ausschließungsklage und dem rechtskräftigen Urteile, der Ausscheidende voll berechtigt und verpflichtet. Ein entgegengesetzter Antrag wurde bei Beratung des alten Handelsgesetzbuchs abgelehnt.[173]) Um eine Schädigung der Gesellschaft in dieser Zeit durch den Ausscheidenden zu vermeiden, kann derselbe im Wege der einstweiligen Verfügung[174]) von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden. Aus diesem Grunde war auch für das alte Handelsgesetzbuch die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung in das Gesetzbuch als überflüssig abgelehnt worden.[175])

Andererseits ist aber der Ausgeschiedene Dritten gegenüber persönlich nicht mehr an die Verträge der Gesellschaft gebunden. „Aus den von der Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäften wird als Vertragspartei nur die Gesellschaft als solche berechtigt und verpflichtet; die Gesellschafter haften zwar für ihre Verpflichtungen solidarisch, stehen jedoch persönlich nicht in ihren Vertragsverhältnissen. Es kann daher von einer Haftbarkeit von Verletzungen nur die Rede sein, wenn solche seitens der Gesellschaft vorliegen."[176]) Wenn also z. B. die offene Handelsgesellschaft, als der Ausgeschiedene ihr noch angehörte, sich verpflichtete, einen bestimmten Artikel nur von einem bestimmten Dritten zu kaufen, so ist der Ausgeschiedene nach seinem Austritt nicht verpflichtet, nur seinerseits diese Vereinbarung einzuhalten. Dasselbe wird von Verpflichtungen der offenen Handels-

---

[172]) RDHG. X Nr. 10 S. 62.
[173]) Nürnb. Prot. 2:38, 242.
[174]) §§ 935—940 ZPO.
[175]) Nürnb. Prot. S. 240.
[176]) RG. II Zivilsenat v. 13. 12. 1901 in DJZ. VII 1902 S. 92 Nr. 18.

gesellschaft Konventionen, Syndikaten und Kartellen gegenüber zu gelten haben.

## § 14.

## 2. Eintragung ins Handelsregister.

Ebenso wie die Auflösung gehört das Ausscheiden eines Gesellschafters zu den in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen. Der Ausscheidende, die zurückbleibenden Gesellschafter wie auch der Dritte sind gleichmäßig daran interessiert, daß diese Veränderung im Personenbestande der Gesellschaft im Handelsregister verlautbart werde, und zwar sind es insbesondere die Rücksichten auf die durch das Ausscheiden eintretende Beseitigung der Vertretungsbefugnis und die Haftung für die Geschäftsschulden, die die Publikation des Ausscheidens vornehmlich erforderlich machen. Die Eintragungspflicht statuiert § 143 Abs. 2 HGB., der aus dem Art. 129 Abs. 3 altes HGB. hervorgegangen ist. Die gehörige Veröffentlichung erzwingt das Gesetz auf dreifache Art, nämlich erstens durch Androhung privatrechtlicher Nachteile für den sie unterlassenden ausscheidenden Gesellschafter,[177]) weiter durch Ordnungsstrafen, die der Richter auferlegen kann,[177]) und drittens durch ein Verjährungsprivileg.[177a])

Der Grund des Ausscheidens ist ohne Bedeutung und daher nicht mit einzutragen, die Gesellschafter sind nicht verpflichtet, denselben mit anzumelden, andererseits hat aber auch die Hinzufügung desselben keinerlei Wirkung für die Eintragung. Die für die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft infolge Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen in § 143 Abs. 1 getroffene Bestimmung, daß hier eine Anmeldepflicht sämtlicher Gesellschafter nicht besteht, gilt nicht etwa auch für den Fall, daß ein Gesellschafter infolge Konkurseröffnung über sein Vermögen ausscheidet.

Das Ausscheiden ist von sämtlichen[179]) Gesellschaftern zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Daraus folgt, daß auch der Ausgeschiedene, für den Fall des Todes eines Gesellschafters dessen Erben, mitzuwirken haben.[180]) Scheidet ein Gesellschafter infolge Konkurseröffnung über sein Vermögen aus, so ist er, nicht etwa der Konkursverwalter, zur Mitwirkung bei der Anmeldung verpflichtet. § 146 Abs. 3 findet hier keine Anwendung.[181]) Für das alte Handelsgesetzbuch war es bestritten, ob Mitwirkung aller Beteiligten, insbesondere der Erben eines Gesell-

[177]) HGB. § 15.
[177a]) HGB. § 14.
[178]) HGB. § 159.
[179]) So für das alte HGB. Thöl 5. Aufl. I § 54 V, 2 S. 169.
[180]) Denkschr. S. 102, bei Mugdan S. 274.
[181]) Lehmann-Ring S. 310 Nr. 4 zu § 143.

schafters bei der Anmeldung erforderlich sei.[182]) Wie die Denkschrift ausführt, wäre es für die Rechtssicherheit bedenklich, von der Mitwirkung aller im letzteren Falle grundsätzlich abzustehen. „Andererseits ist zu berücksichtigen, daß der Erbe oder die Erben eines Gesellschafters unter Umständen nur mit Schwierigkeiten und unter großem Zeitverluste ermittelt und herangezogen werden können.“[183]) Dem trägt die Vorschrift des § 141 Abs. 3 Rechnung, die bestimmt, daß die Eintragung auch ohne Mitwirkung der Erben stattfinden kann, soweit einer solchen Anmeldung besondere Hindernisse entgegenstehen.[184]) Ob diese besonderen Hindernisse bestehen, hat im Einzelfall der Registerrichter nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden; liegen sie nach seinem Ermessen vor, so ist die Eintragung nicht nur rechtlich zulässig, sondern es muß auch auf die Mitwirkung der Erben verzichtet werden, wenn über die Tatsache des Ausscheidens Zweifel nicht bestehen.[185]) Der Registerrichter ist verpflichtet, falls bei der Anmeldung im Falle des Ausscheidens durch den Tod eines Gesellschafters die Erben mitwirken, den Tod des Betreffenden und die Legitimation der Erben zu prüfen.[186]) Ist von mehreren Erben der eine verhindert, so ist nur von dessen Mitwirkung abzusehen.

Jedem Gesellschafter steht ein Anspruch darauf zu, daß jeder andere Gesellschafter bezw. die Erben eines Gesellschafters bei der allen obliegenden Anmeldung mitwirken. Bei Weigerung ist der Registerrichter befugt, Ordnungsstrafen bis zu 300 Mk. über den Säumigen — auch über den Ausgeschiedenen — zu verhängen.[187]) Auch können die anderen Gesellschafter diesen Anspruch im Wege der Klage geltend machen. Gegen diese Klage kann der Ausgeschiedene keinen Einwand daraus herleiten, daß er wegen seines Auseinandersetzungsguthabens noch nicht befriedigt sei.[188]) Die Weigerung des Ausgeschiedenen zur Mitwirkung bei der Anmeldung zur Eintragung des Ausscheidens ins Handelsregister berechtigt andererseits die Gesellschaft nicht, sein Auseinandersetzungsguthaben zurückzuhalten.[189]) Beides sind ganz verschiedenartige Ansprüche, die nicht gegeneinander geltend gemacht werden können. Dieses ist ein ausschließlich zivilrechtlicher Anspruch, während jener im öffentlichen Rechte wurzelt. Ist der sich Weigernde rechtskräftig zur Mitwirkung verurteilt, so genügt gemäß § 16 HGB. die Mitwirkung der übrigen. Auch dann, wenn die

---

[182]) vgl. Hergenhahn-Tuchatsch S. 298; Puchelt S. 286 f. unter 5 zu Art. 129; Renaud, KG. S. 505 f.

[183]) Mugdan S. 274, Denkschr. S. 102.

[184]) ROHG. XXI Nr. 120 S. 373.

[185]) vgl. Planck I Einl. S. 25; Goldmann S. 639 Ziff. 13 und 14 zu § 143; Staub S. 468 Anm. 3 zu § 143.

[186]) Renaud, KG. S. 506; Lehmann-Ring S. 310 Nr. 4 zu § 143.

[187]) HGB. § 14.

[188]) Goldmann S. 638 Ziff. 6 zu § 143; Staub S. 468 Anm. 1 zu § 143; anders Hergenhahn-Tuchatsch S. 298; Puchelt S. 287 Anm. 5 zu Art. 129.

[189]) ROHG. II Nr. 39 S. 171 f.

offene Handelsgesellschaft noch nicht ins Handelsregister eingetragen war, hat jeder Gesellschafter ein Recht darauf, daß das Ausscheiden ins Handelsregister eingetragen werde, und daß die sämtlichen übrigen Gesellschafter bei der hierzu erforderlichen Anmeldung mitwirken.[190])

Die Eintragung hat bei dem Registergerichte, in dessen Bezirk die offene Handelsgesellschaft ihren Sitz hat, zu erfolgen.[191]) Besitzt die offene Handelsgesellschaft auch eine Zweigniederlassung, so ist das Ausscheiden auch bei dem Registergerichte der Zweigniederlassung einzutragen.[192])

Die Form der Anmeldung und der für eine solche erforderliche Vollmacht regelt § 14 HGB.

Die besprochenen Grundsätze gelten auch dann, wenn bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft der eine ausscheidet und der andere das Geschäft nach Maßgabe des § 142 HGB. mit Aktiven und Passiven übernimmt. Nur ist hier zugleich die durch das Ausscheiden bedingte Auflösung der Gesellschaft mitanzumelden. Doch würde ein nur das Ausscheiden verlautbarender Vermerk zwar inkorrekt, aber genügend sein, wenn nur der wirkliche Tatbestand aus dem Register klar ersichtlich ist.[193])

Im Gegensatz zu Art. 129 altes HGB. ist in § 143 HGB. nichts über die Folgen der bewirkten oder unterlassenen Eintragung bestimmt, da sich dies infolge der in § 15 HGB. erfolgten allgemeinen Regelung erübrigt. Die erfolgte Eintragung und Publikation des Ausscheidens muß jeder Dritte gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er nachweist, daß er diese Tatsache weder gekannt hat, noch habe kennen müssen. Den Beweis, daß er keine Kenntnis von dem Eintrag und der Publikation hatte, hat der Dritte zu erbringen.[194]) Wann diese Kenntnis anzunehmen ist, ist quaestio facti. Regelmäßig wird es schon genügen, daß der Dritte die Tatsache kannte, die im allgemeinen als Ausscheidungsgrund wirkt,[195]) — es ist z. B. ein Gesellschafter gestorben oder es hat ein Gesellschafter gekündigt usf. — es sei denn, daß durch das Verhalten der Gesellschafter der Anschein erweckt wurde, daß das Ausscheiden nicht erfolgen werde, bezw. nicht erfolgt sei. Ebenso wird man nicht allgemein wie Behrend[196]) sagen können, daß die von einem Gesellschafter allein ausgehende Kenntnis nicht ausreichend sei.

Bis zur erfolgten Eintragung und Publikation kann der Dritte die bis dahin bestehende Vertretungsbefugnis des Ausgeschiedenen als fort-

---

[190]) ROHG. XXII Nr. 45 S. 201 f.; XXIII Nr. 79 S. 227.
[191]) vgl. § 125 Ges. betr. d. freiw. Gerichtsbarkeit; HGB. §§ 8 ff.
[192]) HGB. § 13.
[193]) ROHG. XXI Nr. 60 S. 193; Lehmann-Ring S. 310 Nr. 2 zu § 143; Goldmann S. 639 Ziff. 11 zu § 143; Staub S. 468 Anm. 2 zu § 143.
[194]) Staub S. 101 Anm. 6 zu § 15; Planck I S. 44.
[195]) ROHG. XIX S. 21 Nr. 6.
[196]) Behrend S. 544 § 78 Anm. 21.

bestehend annehmen und folglich ihn auch aus den im Namen der Gesellschaft nach seinem Ausscheiden abgeschlossenen Rechtsgeschäften belangen;[197] ebenso können auch die verbleibenden Gesellschafter dem Dritten gegenüber dann keine Einwendungen daraus herleiten, daß dem Ausgeschiedenen Vertretungsbefugnis nicht mehr zustand. Der Ausgeschiedene haftet selbst dann noch, wenn bei einer Bestellung das Ausscheiden noch nicht eingetragen war und der Lieferant keine Kenntnis davon hatte, aber vor der Ablieferung das Ausscheiden publiziert und jenem bekannt wurde.[198]

Die Kenntnis des Dritten von dem erfolgten Ausscheiden befreit dagegen den Ausgeschiedenen von der Haftung für die nach seinem Ausscheiden begründeten Gesellschaftsschulden. Oft können sich aber Zweifelsfälle ergeben. Als Beispiele seien folgende bei Staub (S. 469 Anm. 10 zu § 143) aufgeführte Fälle genannt! Ein Gläubiger, der einer offenen Handelsgesellschaft einen laufenden Kredit gewährt hat, kann die ausgeschiedenen Gesellschafter für die nach ihrem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten, die jenem allgemeinen Kreditverhältnisse unterworfen sind, nicht haftbar machen.[199] Beläßt der Deponent von Wertpapieren nach dem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters den übrigen das Depot, so kann er sich nicht wegen einer späteren Veruntreuung an den Ausgeschiedenen halten.[200]

Dagegen bleibt der Ausgeschiedene haftbar, wenn eine einfache Geldschuld den verbleibenden Gesellschaftern gestundet wurde.

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist die Eintragung und Publikation ohne Wirkung; hier ist der Zeitpunkt des Ausscheidens maßgebend. Von dieser Zeit an hört die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis auf, auch wenn das Ausscheiden nicht ins Handelsregister eingetragen war. Ebenso hört die Verpflichtung des Ausgeschiedenen zur Führung von Handelsbüchern schon von diesen Zeitpunkt an auf.[201]

Wesentlich ist die Eintragung noch für den Beginn der in § 159 geregelten Verjährungsfrist, die mit dem Ende des Tages beginnt, an welchem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister bei dem zuständigen Registergerichte eingetragen worden ist. Auf die Bekanntmachung des Eintrags kommt es nicht an.

---

[197] ROHG. XXI S. 373 f. Nr. 120.
[198] Puchelt S. 287 Anm. 8 zu Art. 129.
[199] RG. IV Nr. 23 S. 82 f.
[200] ROHG. XIX Nr. 6 S. 18 f.
[201] RG. in Strafs. XIII Nr. 93 S. 308 f.

§ 15.

## 3. Die Firma.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters hat nach § 24 Abs. 1 HGB. an sich auf die Fortführung der bestehenden Firma keinen Einfluß, gleichgültig aus welchem Grunde das Ausscheiden erfolgt, auch dann nicht, wenn der frühere Sozius im Klagewege ausgeschlossen wurde. Für letzteren Fall war das früher nicht unbestritten.[202]) Da das neue Handelsgesetzbuch unter dem allgemeinen Begriff „Ausscheiden" auch die Ausschließung begreift,[203]) so ist diese Streitfrage im oben genannten Sinne entschieden worden; offensichtlich ist deshalb auch das Wort „Austreten" in Art. 24 altes HGB. durch „Ausscheiden" ersetzt worden.[204]) Zur Fortführung der Firma bedarf es also weder eines übereinstimmenden Beschlusses, noch der Zustimmung des Ausscheidenden. Keinem der verbleibenden Gesellschafter steht das Recht zu, die Änderung der Firma im Sinne des § 19 HGB. zu verlangen, vielmehr bedarf es umgekehrt zur Änderung der Firma eines Beschlusses aller verbleibender Gesellschafter. Wird lediglich das Ausscheiden zum Handelsregister angemeldet, so ist anzunehmen, daß die alte Firma fortgeführt wird.[205])

Das Gesagte gilt jedoch nur dann, wenn der Name des Ausscheidenden nicht in der Firma enthalten war, war das Gegenteil der Fall, so bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Ausgeschiedenen oder seiner Erben.[206]) Diese Zustimmung ist andererseits aber nur erforderlich, wenn der Name des Ausgeschiedenen in der Firma auf dessen Person zurückzuführen ist und infolge seiner Beteiligung an dem Handelsgeschäfte in die Firma aufgenommen worden war, nicht etwa schon bei bloßem Gleichklang der Namen z. B. wenn der gleiche Name des Vaters des Ausgeschiedenen in der Firma enthalten war.[207]) Weicht der in der Firma mitenthaltene Vorname an dem Vornamen des Ausgeschiedenen ab, so ist damit dargetan, daß es nicht „dessen" Name ist, der sich in der Firma befindet.[208]) Ist der Gesell-

---

[202]) Puchelt S. 74 Anm. 2 zu Art. 24; v. Hahn S. 114/15 § 2 zu Art. 24; Staub 5. Aufl. § 2 zu Art. 24; Hergenhahn-Tuchatsch S. 296.

[203]) vgl. oben § 2 S. 6 ff.

[204]) Staub S. 137 Anm 2 zu § 24, 8. Aufl. S. 150 Anm. 2 zu § 24.

[205]) Lehmann-Ring S. 88 Nr. 3 zu § 24.

[206]) HGB. § 24 Abs. 2.

[207]) Behrend S. 259 Anm. 40 zu § 40; Opet in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 S. 131; OLG. Dresden v. 8. 11. 1898 in Annal. d. königl. sächs. OLG. XX Nr. 12 S. 427 f.; Seufferts Arch. Bd. 55 Nr. 82 S. 167; RG. v. 8. 7. 1891 in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 42 Nr. 61 S. 508; Gruchot XXXVI Nr. 105 S. 1155 f.; Puchelt S. 74 Anm. 2 zu Art. 24; Düringer u. Hachenburg S. 115.

[208]) RG. bei Gruchot XXXVI Nr. 105 S. 1155; JurW. XX. 1891 Nr. 24 S. 473.

schafter infolge Todes ausgeschieden oder vor Regelung dieser Frage nach seinem Ausscheiden gestorben, so treten seine Erben an seine Stelle. Nicht nötig ist, daß die Erteilung der Einwilligung mit ausdrücklichen Worten oder in schriftlicher Form geschieht, es muß nur der Wille in einer solchen Weise kundgetan sein, daß die Einwilligung als ausdrückliche angesehen werden kann; ob dem Erfordernisse der Ausdrücklichkeit genügt ist, unterliegt der Beurteilung des Einzelfalls.[209]) Deshalb werden regelmäßig konkludente Handlungen, — Duldung der Fortführung, bloßes Stillschweigen — nicht als genügend anzusehen sein.[210]) Ebenso liegt in der im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Vereinbarung auf Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens von Mitgliedern[211]) nicht ohne weiteres die nach § 24 Abs. 2 erforderliche ausdrückliche Einwilligung zur Fortführung der den Namen des Ausscheidenden enthaltenden Firma.[212])

Im Gesellschaftsvertrage kann rechtsgültig von vornherein vereinbart werden, daß die Erteilung der Einwilligung nicht nötig sei, bezw. ein Widerspruch gegen die Fortführung wirkungslos sein solle[213]) oder es kann andererseits in jedem Falle die Zustimmung des Ausscheidenden erfordert werden und damit sein Widerspruch auch dann mit Wirkung versehen werden, auch wenn seine Name nicht in der Firma enthalten war.[214]) Die im Gesellschaftsvertrage getroffene Vereinbarung, daß die Firma auch ohne die Einwilligung des Ausgeschiedenen beibehalten werden kann, ist ein im voraus erklärter Verzicht auf ein event. Widerspruchsrecht, der aber nichtsdestoweniger rechtswirksam ist.

Die Zustimmung ist, wenn die Eintragung erfolgen soll, dem Registergerichte in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen,[215]) wobei in der Regel der Ausscheidende mitzuwirken hat.

Widerspricht der Ausgeschiedene der Fortführung oder versagt er seine Zustimmung, so hat dies, sofern er dazu berechtigt war, zur Folge, daß die verbleibenden Gesellschafter die Firma nicht fortführen können. auch nicht mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutendem Zusatze.[216]) Ebenso darf sein Name nicht in einem solchen Zusatze selbst enthalten sein. Der Ausgeschiedene ist schlechthin berechtigt, seine Zustimmung zu verweigern, ohne daß es des Nachweises eines besonderen Interesses be-

---

[209]) ROHG. X Nr. 64 S. 291; Opet in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. S. 131.
[210]) OLG. Hamburg in Hans. Ger.-Ztg. XIX 1898 S. 68.
[211]) HGB. § 138; oben § 3 S. 7ff.
[212]) Renaud KG. S. 494 Anm 9.; Staub S. 443 Anm. 3 zu § 138.
[213]) Makower S. 56 IIb zu § 26.
[214]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 296; Staub S. 138 Anm. 5 zu § 24; Lehmann-Ring S. 88 Nr. 3 zu § 24; Makower S. 56 IIa zu § 24.
[215]) HGB. § 12.
[216]) RG. V Nr. 30 S. 111 f.

darf.[217]) Macht er von seinem Rechte Gebrauch, so müssen die Gesellschafter unter Beachtung der Vorschriften über die Wahl neuer Firmen neu firmieren.[218]) Der Ansicht Staubs[219]) u. a., daß beim Widerspruch des Ausscheidenden die verbleibenden Mitglieder nicht notwendig eine völlig neue Firma zu wählen hätten, sondern nur den in der Firma vorhandenen Namen des Ausscheidenden zu beseitigen hätten, während ihnen das Recht zustehe, den übrigen Teil der Firma beizubehalten, kann nicht beigestimmt werden. Da „die Firma als unzertrennbares Ganzes"[220]) angesehen werden muß, so ist die Verwendung des Firmenrestes zur Neufirmierung ausgeschlossen,[221]) d. h. es kann aus der alten Firma kein Name übernommen werden, der dem bürgerlichen Namen keines der zurückbleibenden Gesellschafter entspricht. So ist es z. B. unzulässig, wenn A. u. B. Müller in Firma „Salitos Söhne", die nach dem Eintritt von Bernini „Salitos Söhne u. Bernini firmiert haben, nach dessen Ausscheiden und seinen Widerspruch gegen die Fortführung der alten Firma weiter Salitos Söhne firmieren wollen. Jetzt dürfen die Müller nur eine Firma führen, in der mindestens der Name des einen Müller mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatze enthalten ist. Die für seine Ansicht von Staub gegebene Begründung, man müsse sich über den starren Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen, da die entgegengesetzte Meinung der Absicht des Gesetzgebers nicht entspreche, und der Zwang zur vollkommenen Neufirmierung „zu unnützen Härten und zur unnötigen Zerstörung von Werten" führe, ist schon insofern sehr oft unzutreffend, als der Wert der Firma gewöhnlich nicht in ihren Teilen liegt und durch Erhaltung von Teilen der Firma der in dieser liegende Wert regelmäßig nicht würde erhalten werden können.

Die eben besprochenen Regeln gelten auch dann, wenn aus der offenen Handelsgesellschaft alle bis auf einen Gesellschafter ausscheiden und derselbe das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt.[222])

[217]) Bolze III Nr. 235 S. 71.

[218]) Lehmann-Ring S 88 Nr. 3 zu § 24.

[219]) Staub S. 137 Anm 3 zu § 24; 8. Aufl. S. 151 Anm. 3 Abs. 4 zu § 24; Keyßner, HGB. Anm. 4 zu Art. 24; Anschütz u. Völderndorff S. 203 Anm. 6 zu Art. 24.

[220]) ROHG. IV Nr. 53 S. 260/61.

[221]) So v. Hahn S 115 § 3 zu Art. 24; Puchelt Anm. 3 zu Art. 24 S. 74; Hergenhahn Tuchatsch S. 296; Opet in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 S. 131/32 Anm 251; Goldmann I S. 100 III zu § 24; Lehmann-Ring S. 88 Nr 3 zu § 24; Makower S. 56 IIb zu § 24.

[222]) Staub 8. Aufl. Anm. 2 Abs. 3 zu § 24; Opet in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. 49. S. 129; RG. in JurW. 1891 S. 473 Nr. 24; Bolze XIII Nr. 120 S. 68; RG. bei Gruchot XXXVI Nr. 105 S. 1154f.

§ 16.

## 4. Erlöschen des Konkurrenzverbots.

Der Zweck des im § 112 HGB. geregelten Konkurrenzverbotes besteht hauptsächlich darin, zu verhindern, daß nicht ein Gesellschafter vermöge seiner Kenntnis der Verbindungen der Gesellschaft sowie der sonstigen deren Geschäftsbetrieb betreffenden Tatsachen den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft durch Konkurrenz in demselben Handelszweige beeinträchtige. Weiter könnte leicht ein Konflikt zwischen den gesellschaftlichen Interessen und den Privatinteressen des Gesellschafters entstehen, so daß zu befürchten wäre, der Gesellschafter könne diese mehr als jene wahren, bezw. werde die Gesellschaftsinteressen auf Kosten seiner Privatinteressen vernachlässigen.[222a])

Diese Voraussetzungen entfallen aber, sobald die Zugehörigkeit des Gesellschafters zur Gesellschaft ihr Ende findet. Das Konkurrenzverbot verliert deshalb von diesem Zeitpunkte an seine Wirksamkeit.[223]) Ebenso gilt es auch nicht mehr mit Bezug auf Geschäfte, die der demnächst austretende Gesellschafter zur Vorbereitung für ein neues Handelsgewerbe schließt.[224]) Der Ausgeschiedene ist wieder berechtigt, in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte auf eigene Rechnung zu machen und als persönlich haftender Gesellschafter an anderen gleichartigen Handelsgesellschaften teilzunehmen, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrag eine Konkurrenzklausel auch für den Fall des Ausscheidens enthalten war oder der Ausscheidende bei seinem Austritte eine diesbezügliche Vereinbarung mit den verbleibenden Gesellschaftern traf. Solche die Konkurrenzklausel enthaltende Vereinbarungen sollen der fortgesetzten Gesellschaft Schutz gegen Mißbrauch der dem Ausgeschiedenen durch seine Gesellschaftereigenschaft gewordenen Kenntnisse gewähren und sind insoweit rechtswirksam, als sie nicht gegen § 138 BGB. verstoßen. Die Vorschriften der §§ 74, 75 HGB. finden keine Anwendung. Es kann daher für die Gültigkeit solcher Vereinbarungen nicht entscheidend sein, ob gerade eine unbillige Erschwerung des Fortkommens vorliegt, ebenso ist die Begrenzung auf drei Jahre nicht anwendbar. Es ist lediglich durch § 138 BGB. eine Grenze gezogen, je nachdem die die Konkurrenzklausel enthaltende Vereinbarung für eine mit den guten Sitten sich vertragende oder gegen dieselben verstoßende zu erachten ist. Maßgebend sind in dieser Beziehung die vom Reichsgericht[225]) aufgestellten Grundsätze über

---

[222a]) Renaud S. 334; ROHG. XXI S. 145; Nürnb. Prot. 987/88.

[223]) Puchelt S. 206 Anm. 5 zu Art. 96; Renaud, KG. S. 334, 513, 532; Goldmann S. 498 Ziff. 2 zu § 112; Lehmann-Ring S. 239 Nr. 5 u. 6 zu § 112.

[224]) Makower S. 203 Ie zu § 112; vgl. auch Keyßner in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. X S. 369; ROHG. XXI Nr. 45 S. 144/45.

[225]) RG. XXXI Nr. 18 S. 99 f.

die absolute Grenze der Gewerbekonkurrenzverbote, wonach die Erwerbsfähigkeit des einzelnen zwar beschränkt, aber nicht für immer, sei es im ganzen oder in einzelnen Richtungen, vernichtet werden darf. Demgemäß sind solche Konkurrenzverbote ohne jede Beschränkung und Begrenzung nach Ort und Zeit als gegen die öffentliche Ordnung und damit auch gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen, was ihre Nichtigkeit zur Folge hat. Überschreitet hiernach das Konkurrenzverbot die Grenzen der Zulässigkeit, so steht es nicht etwa dem richterlichen Ermessen zu, die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit auf das Maß der Billigkeit zurückzuführen, vielmehr ist die ganze Vereinbarung nichtig.[226]) Ebenso finden nicht die Vorschriften des § 75 Abs. 2 Anwendung, wenn ein solches Konkurrenzverbot verletzt wird, sondern die allgemeinen Bestimmungen über Vertragsstrafe.[227]) Insbesondere ist § 348 HGB. zu berücksichtigen, der das richterliche Ermäßigungsrecht dann ausschließt, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine Vertragsstrafe versprochen hatte.[228])

## § 17.

## 5. Einfluß des Ausscheidens auf schwebende Prozesse.

Der Einfluß des Ausscheidens auf noch während des Ausscheidens schwebende Prozesse ist ein verschiedener, je nachdem gegen die einzelnen Gesellschafter, gegen die Gesellschaft allein oder gegen beide zugleich geklagt wurde.

Scheidet ein Gesellschafter, während ein gegen[229]) die einzelnen Gesellschafter gerichteter Prozeß noch schwebt, aus der Gesellschaft aus, so ist dies weder für sein Verhältnis zum Gegner noch zu den Mitgesellschaftern von Wirkung. Nach § 128 HGB. haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner für die Gesellschaftsschuld, hätten also auch einzeln belangt werden können. Der Ausgeschiedene bleibt also Prozeßgegner. Hatte ein geschäftsführender Gesellschafter für die übrigen, darunter auch den Ausscheidenden, Vollmacht, so erlischt diese und es kann infolgedessen unter Umständen eine Unterbrechung nach § 241 ZPO. in seiner Person eintreten.[230])

---

[226]) BGB. § 138; Düringer und Hachenburg II S. 39/40; Staub S. 135 Anm. 29 zu § 22; Goldmann S. 361 Anm. 3 zu § 74.

[227]) BGB. §§ 339–345.

[228]) Staub S. 135 Anm. 30 zu § 22.

[229]) Da die Rechte der Firma nur diese geltend machen kann, so ist eine Klage der einzelnen Gesellschafter aus Gesellschaftsrechten mangels der Aktivlegitimation der Kläger unbegründet. Hellwig bei Fischer, Abhandlungen V S. 283 Anm. 14.

[230]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, bei Fischer, Abhandlungen V 1900 S. 283; Knoke, Das Recht der Gesellschaft, bei Fischer, Abhandlungen VII 1901 S. 569; Lehmann-Ring S. 261 Nr. 4 zu § 124.

Wurde ein Prozeß von der Gesellschaft oder gegen sie geführt, so scheiden im Falle eines im Laufe des Rechtsstreites eintretenden Mitgliederwechsels, falls die Gesellschaft als solche fortbesteht, die ausscheidenden Gesellschafter auch von der Teilnahme am Prozesse aus. Ein Wechsel in der Person der Gesellschafter ist hier auf den Prozeß ohne Einfluß, derselbe geht für und gegen die jeweilige Personengesamtheit weiter. Allerdings kann auch, falls der Ausgeschiedene der alleinige Vertretungsberechtigte war, Unterbrechung eintreten. Da es sich aber nicht um eine Veräußerung handelt,[231]) kann § 265 ZPO. keine Anwendung finden. Wird der Prozeß gegen die Gesellschaft geführt, so kann das Ausscheiden schon deshalb auf die Parteibeschaffenheit keinen Einfluß haben, als ja nur eine Verurteilung der Gesellschaft erforderlich und genügend ist, um die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu bewirken.[232]) Der Zweck, aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung zu erlangen, wird deshalb dadurch nicht vereitelt, daß ein Gesellschafter ausscheidet.

In der Literatur und Rechtsprechung ist man fast allgemein zu diesem Resultate gelangt, nur in der Begründung weichen die Ansichten infolge der verschiedenen Beurteilung des Rechtscharakters der offenen Handelsgesellschaft voneinander ab. Die Vertreter der Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei, müssen schon deshalb folgerichtig zu dem oben ausgeführten Resultate kommen.[233]) Die Gegner dieser Auffassung erklären, da im Gesellschaftsprozesse die Gesellschaft als solche, das ist ihnen die Gesamtheit der unter gemeinsamer Firma zusammengefaßten jeweiligen Gesellschafter als Gesamteigentümer eines den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Vermögens, parteifähig sei, („formelle Parteifähigkeit"), so bedeute ein Wechsel in dem Mitgliederbestande der Gesellschaft keinen Wechsel der Partei.[234])

Gegen die herrschende Ansicht wendet sich anscheinend Wach,[235]) nach dem auch der Wechsel während schwebenden Streites an der Parteistellung der Gesellschafter nicht beirren könne. So führt er aus: „Wird unter Ausscheiden des einen Gesellschafters die Gesellschaft von den übrigen fortgesetzt, so bleibt jener in der Parteistellung verwickelt, und durch die übrigen Gesellschafter vertreten; ihn deckt der Firmenname nach wie vor, er bleibt Prozeßpartei, scheidet nicht aus mit der Wirkung, jetzt Intervenient werden zu müssen, um sich gegen das Urteil zu schützen" (HGB. Art. 130).

---

[231]) Hellwig S. 281 Anm. 4 bei Fischer V 1900.

[232]) HGB. § 124 Abs. 2.

[233]) Hellwig bei Fischer V 1900 S. 280, 284 f. Anm. 18; Schäfer bei Gruchot XXXVIII S. 807; vgl. auch Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. S. 140.

[234]) Cosack S. 542 V, 2 zu § 107; Staub S. 395 Anm. 6 zu § 124; ROHG. IX Nr. 5 S. 16 ff.; Seuff. Arch. XXXII Nr. 190 S. 240 f.; Seuff. Arch. XXXX Nr. 221 S. 328 f.; RG. XIV Nr. 5 S. 20.

[235]) Wach, Handb. des deutschen Zivilprozeßrechtes S. 531; vgl. auch Petersen, Komm. z. ZPO. S. 127.

Wurde der Prozeß zugleich gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter geführt, so bleibt der Ausgeschiedene Prozeßpartei, insoweit gegen ihn als Gesellschafter geklagt worden war. Da der Kläger nach seinem eigenen Ermessen diese Art der Klageerhebung wählen kann, so kann er sich durch ihre Wahl gegen jeden Nachteil, der ihm aus dem Ausscheiden eines Gesellschafters entstehen könnte, schützen.

Ist aus dem als offene Handelsgesellschaft fortbestehenden Verbande einer von mehreren Gesellschaftern während schwebenden Prozesses, der nur für oder gegen die Gesellschaft geführt wurde, ausgetreten, so hört er, wie ausgeführt, auf, das streitige Recht für sich mit zu verfolgen. Er steht darnach der Prozeßpartei als Dritter gegenüber, der nicht in der Lage ist, Parteihandlungen vorzunehmen. Deshalb kann er jetzt als Zeuge in dem Prozesse benannt und vernommen werden. Event. kommt § 393 Nr. 4 ZPO. zur Anwendung, falls ungeachtet seines Ausscheidens sein Rechts- und Pflichtenkreis noch durch den Rechtsstreit beeinflußt wird.[236])

Ein der Gesellschaft zugeschobener Parteieid ist nach der herrschenden Ansicht gemäß § 474 ZPO., soweit nicht Satz 2 Platz greift, von allen Gesellschaftern zu leisten, welche zur Zeit der Eidesleistung von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen[237]) sind. Demnach hat der Ausgeschiedene auch dann nicht den Eid zu leisten, wenn er zur Zeit der Klageerhebung oder der Zuschiebung des Eides der Gesellschaft als vertretungsberechtigter Gesellschafter angehörte, vorausgesetzt, daß nur für oder gegen die Gesellschaft geklagt wurde. Ist das bedingte Endurteil, in dem dem Ausgeschiedenen der Eid auferlegt wurde, schon verkündet, so muß das Urteil wieder aufgehoben werden.[238]) Der Gegner der Gesellschaft hat den einzigen Schutz gegen die Gefahr, daß durch das Ausscheiden des Vertretungsberechtigten der zum Parteieide Verpflichtete ihm entzogen werden kann, darin, daß derselbe nunmehr als Zeuge benannt werden kann.[239])

Allein das Ausscheiden des Gesellschafters während schwebenden Prozesses befreit ihn nicht von den Konsequenzen des einmal gegen ihn anhängig gewordenen Prozesses; er wird im Prozesse selbst nach § 740 BGB. in bezug auf seine Gesellschaftsinteressen durch die verbleibenden Gesellschafter vertreten und das Urteil wirkt jedenfalls gegen ihn insoweit, als er gegenüber dem dieses Erkenntnis gegen ihn geltend machenden Gesellschaftsgläubiger solche Einwendungen nicht mehr vorbringen kann, welche in dem gegen die Gesellschaft geführten Prozesse vorgeschützt worden waren oder hätten vorgeschützt werden müssen.[240])

---

[236]) Seuff. Arch. Bd. 57 S. 212 Nr. 116; RG. Bd. 49 Nr. 111 S. 426.

[237]) ROHG. IX S. 18; XVI Nr. 100 S. 396; Seuff. Arch. XXXII Nr. 190 S. 241; RG. XIV Nr. 5 S. 20, 21; Mugdan S. 266, Denkschr. S. 92 a. E. 93.

[238]) OLG. Hamburg v. 20. 2. 1891 in Seuff. Arch. Bd. 46 S. 368 f. Nr. 233.

[239]) Hellwig bei Fischer, Abhandlung V 1900 S. 280.

[240]) vgl. RG. III Nr. 17 S. 58 und Staub S. 400 Anm. 18 zu § 124.

# VI. Wirkungen des Ausscheidens im Rahmen des inneren Rechtsverhältnisses der offenen Handelsgesellschaft in vermögensrechtlicher Beziehung.

## A. Beziehungen des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft zum Gesellschaftsvermögen.

### § 18.

### 1. Rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens.

Die Rechte und Pflichten, welche dem Ausgeschiedenen in vermögensrechtlicher Beziehung der Gesellschaft gegenüber zustehen, sind bedingt durch seine Stellung zum Gesellschaftsvermögen. Es erscheint deshalb angezeigt, in Kürze auf die Beziehungen des offenen Handelsgesellschafters zum Gesellschaftsvermögen sowie auf die vielumstrittene rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens einzugehen.

1. Eine Auffassung von der Rechtsnatur des Gesellschaftsvermögens geht im Anschluß an die französische Praxis dahin, daß das Gesellschaftsvermögen nicht den Gesellschaftern, sondern einer Dritten, ihnen selbständig gegenüberstehenden Rechtspersönlichkeit zustehe; die Gesellschaftsforderungen und -schulden seien für die Gesellschafter fremde Berechtigungen und Verpflichtungen.[241]) Diese Ansicht wird seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur noch vereinzelt, wie z. B. von Kohler vertreten. Da bei der juristischen Person die Haftung der Mitglieder für die Schulden der Vereinigung ausgeschlossen, und andererseits die Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen haften, kann diese Ansicht nicht gebilligt werden.

2. Eine zweite Ansicht geht dahin: das Gesellschaftsvermögen ist bald (soweit die Firma reicht und im Verhältnis zu Dritten) als ein den Gesellschaftern fremdes, bald (im Innenverhältnis) als ihnen unmittelbar zustehendes anzusehen.[242]) (Theorie der relativen juristischen Persönlichkeit.) Darnach können die Träger der Rechte und Pflichten wechseln, je nachdem es sich um das Außen- oder Innenverhältnis handelt; trotz Miteigentums der Gesellschafter nach innen, besteht Alleineigentum der Gesellschaft nach

---

[241]) Gelpke in seiner Zeitschr. f. Handelsrecht II Nr. 1 S. 3 ff.; Eccius in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXII 1886 S. 5; Affolter im Arch. f. bürgerl. R. V 1891 S. 2 f.; Kohler, Recht des Markenschutzes 1885 und Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 1901 S. 204 ff; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, bei Fischer, Abhandlungen V 1900 S. 280, 285 Anm. 18.

[242]) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge S. 75 ff.; Rechtsbuch S. 273; Gareis u. Fuchsberger, das allgem. HGB. 1891 S. 210; Gareis, Das deutsche HR. 1899 S. 176 § 24.

außen. Nach Gierke[243]) liegt dieser Auffassung ein richtiger Kern zugrunde, nur „der Ausdruck sei schief".

3. Die herrschende Lehre geht davon aus, daß ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriger Gegenstand „für den Teilhaber wie zu keinem gesonderten Anteil ein eigener, zu keinem gesonderten Anteil ein fremder" sei.[244]) Es gäbe „kein Partikelchen der Sache, welches — reell wie ideell gedacht — nicht zugleich den anderen Gesellschaften gehörte".[245]) Die mehreren Personen bilden kein neues Rechtssubjekt, aber ein Rechtsverhältnis, welches Rechtssubjekte als solche in eine dauernde gegenseitige Beziehung setzt, sie an- und durcheinander bindet, und so unter Aufhebung des bloßen Fürsichseins der Individuen eine neue in sich geeinte, kollektive Personenmehrheit darstellt. Dieser stehen die einzelnen Gegenstände des Vermögens zu, ohne daß sie eine juristische Person ist.[246]) (Gesamthandstheorie.)

4. Eine Anzahl von Anhängern der Gesamthandstheorie weicht von der unter 3. aufgeführten Ansicht insofern ab, als sie sagen: Der einzelne Gesellschafter ist Miteigentümer der Gesellschaftssachen, Mitgläubiger der Gesellschaftsforderungen. Es kommt ihm unmittelbar an den einzelnen Gegenständen ein ideeller Teil zu, nur liegt ein wirtsam „gebundenes Miteigentum"[247]) am Gesellschaftsvermögen vor. (Theorie der geteilten Mitberechtigung.)[248])

Auf dem Standpunkte der Gesamthandstheorie steht auch das BGB., das in § 718 und § 719 bestimmt, daß die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinsames Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden, und daß ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen kann. Ebenso ist er nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

Was nun das Rechtsverhältnis der einzelnen Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen betrifft, so unterliegt es innerhalb der herrschenden Theorie verschiedener Beurteilung. Nach der m. E. richtigen Ansicht besteht es nicht in Miteigentum oder Mitberechtigung im römischrechtlichen Sinne, sondern ist ein Gesamtrecht aller Gesellschafter, innerhalb dessen eine Quotenteilung für die einzelnen Gesellschafter nicht hervortritt.[249])

[243]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 50.
[244]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 519.
[245]) RG. IX Nr. 32 S. 144.
[246]) Gierke im Arch. f. bürgerl. R. XIX 1901 S. 117 f.; ebenso Staub, Oertmann, Planck u. a.
[247]) Joerges in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 1900 S. 140 ff. und Bd. 51 1902 S. 47 ff.
[248]) Cosack S. 534 § 107 III; Nagla im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. u. Proz. X S. 695 ff.; vgl. Sohm, der Gegenstand, Sonderdruck aus: drei Beiträge z. bürgerl. R. 1905 S. 65 f. § 12.
[249]) Behrend S. 445 zu § 62; Staub S. 376 f. Anm. 7 zu § 120.

Anderer Meinung ist Laband, der ein Miteigentumsrecht im römisch-rechtlichen Sinne annimmt. Condominium im Sinne des römischen Rechts sei nicht nur dann vorhanden, wenn es ohne Zusammenhang mit anderen, die Verhältnisse unter den Miteigentümern mitbestimmenden Rechtsbeziehungen existiere, sondern es könne auch ein Zusammenhang mit solchen anderen Rechtsbeziehungen unter den condominii bestehen, ohne daß dadurch Wesen und Begriff des Condominiums beseitigt würde, es bestehe ein condominium pro indiviso an den Vermögensteilen. Weiter führt Laband aus, die Annahme eines von Miteigentums verschiedenen Gesamteigentums habe für die offene Handelsgesellschaft keine Berechtigung, da bei den Anteilen der Gesellschafter sehr wohl eine Quotenteilung bestehe, die allerdings veränderlich, aber in jedem Augenblicke bestimmt, bezw. bestimmbar seien. In ihrer Summe seien die verschiedenen Anteile jedesmal dem Gesellschaftsfond als Ganzen gleich. „Wolle man den Anteil des einzelnen Gesellschafters als pars quota ausdrücken, so mache man einen Rechnungsabschluß und schreibe auf Grund desselben einen Bruch, dessen Zähler das Saldo des Kapitalkontos des Gesellschafters und dessen Nenner die Schlußsumme der Bilanz sei. Betrage z. B. das Handlungsvermögen rechnungsmäßig 19842 Mk. und das Saldo des Gesellschafters A 6317 Mk., so sei seine Quote am Handlungsfonds 6317/19842.[250])

Diese Ansicht Labands kann schon deshalb nicht gebilligt werden, wie Staub zutreffend ausführt, weil dann unter Umständen das Vermögen der Gesellschaft einem einzigen Gesellschafter zustehen könnte, wenn nämlich das Kapitalkonto der anderen Gesellschafter negativ oder gleich null wäre. Nach dem Gesetz steht aber das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft, d. i. allen Gesellschaftern zu, also auch denen, deren Konto gleich null ist oder gar ein Passivsaldo aufweist. Auch letzteren gehören die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens; sie haben das gleiche Recht zu fordern, daß das Vermögen nur zu Gesellschaftszwecken verwendet werde, wie diejenigen, die ein Aktivsaldo aufzuweisen haben. Vielmehr sind Gesellschaftsvermögen und Aktivsaldo zwei Faktoren, die überhaupt nicht miteinander in Verbindung gebracht werden können. Aktiv- und Passivsaldo sind fiktive Ziffern ohne juristische Bedeutung, die keinen Anspruch und keine Schuld der Gesellschaft bedeuten, durante societate überhaupt nicht bestimmbar sind.[251])

Der Ansicht Staubs ist auch das Reichsgericht gefolgt, nach dem ein Eigentum des einzelnen Gesellschafters an den körperlichen Sachen der Gesellschaft und ein Gläubigerrecht desselben an den Forderungen

---

[250]) Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXI 1885 S. 51 ff.

[251]) Staub 5. Aufl. § 5 zu § 106, 6. u. 7. Aufl. S. 376 ff. Anm. 7 zu § 120, 8. Aufl. S. 453 f. Anm. 7 zu § 120; ebenso Lehmann-Ring S. 219 f. Vorbem. zu § 105.

weder in Form eines nach Quoten geteilten Miteigentums an den einzelnen Sachen oder eines nach Quoten geteilten Gläubigerrechts in Ansehung der Forderungen noch auch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilsrechtes am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens besteht.“ [252]) Der einzelne Gesellschafter sei auch über einen ideellen Anteil für sich als Privatperson nicht verfügungsberechtigt. Es gäbe kein Partikelchen der Sache, welches nicht — reell wie ideell gedacht — den anderen Gesellschaftern gehörte.[253]) Thöl[254]) bemerkt dazu mit Recht, daß die ideellen Anteile der Gesellschafter unpraktisch seien.

Das Gesellschaftsvermögen steht so mit allen Gesellschaftern gemeinsam, aber keinem von ihnen, auch nicht den Inhabern von Aktivsalden steht eine bestimmte oder auch nur eine wandelbare Quote zu. Danach ist auch die Ansicht Cosacks[255]) zu verwerfen, der den Anteil des einzelnen Gesellschafters will ziffermäßig berechnen können. Ebenso kann auch den Ausführungen Makowers[256]) nicht beigetreten werden, der sogar jede dingliche Mitberechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen verwirft und nur einen obligatorischen Anspruch anerkennt, der gleich dem Anspruch auf das sei, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

Das Eigentumsrecht der Gesellschafter ist aber insoweit beschränkt, als nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter über die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände verfügen können. Der einzelne Gesellschafter als solcher kann weder ganz noch teilweise über Gesellschaftssache verfügen noch Teilung verlangen. Da es überhaupt keinen bestimmten Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gibt, so wird es mit Recht Eigentum zur gesamten Hand genannt.

## § 19.

## 2. Die Geschäftsanteile der einzelnen Gesellschafter im allgemeinen.

Das Gesellschaftsvermögen wird gebildet durch die Anteile der einzelnen Mitglieder. Diese Anteile können sich nun aus verschiedenen Faktoren zusammensetzen, nämlich:

1. aus dem im Gründungs-Gesellschaftsvertrage festgesetzten und inferierten Einlagen sowie aus den etwaigen Erhöhungen oder Nachschüssen abzüglich aller aus dem Gesellschaftsfonds entnommener Beträge,
2. aus den Anteilen am Gewinn und Verlust.

---

252) RG. XXV Nr. 52 S. 256.
253) RG. IX Nr. 32 S. 144.
254) Thöl, Handelsrecht 5. Aufl. S. 321 § 96, 4.
255) Cosack S. 534 § 107 III.
256) Makower S. 186 g 2 zu § 105.

Das Einbringen in die Gesellschaft geht dadurch vor sich, daß der Gesellschafter Vermögensobjekte aus seinen Privatvermögen ausscheidet und dem Gesellschaftsfond überweist. Ob die einzelnen eingebrachten Gegenstände ins Eigentum der Gesellschaft (sc. der Gesellschafter zur gesamten Hand) übergehen sollen — communicatio quoad sortem — oder ob dieselben nur zu Sozietätszwecken ohne Eigentumsübertragung verwendet werden sollen, — communicatio quoad usum — darüber entscheidet der Wille der Kontrahenten. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so werden vertretbare und verbrauchbare Sachen, insbes. also Geld, Eigentum der Gesellschaft, nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sachen nur dann, wenn sie unter einer Schätzung inferiert wurden, die nicht nur für die Gewinnverteilung bestimmt ist, — aestimatio taxationis causa —, vielmehr in der Absicht, die Sachen ins Eigentum der Gesellschaft zu übertragen, erfolgte — aestimatio venditionis causa —. Ist die Einlage nur quoad usum gemacht, so erscheint sie nicht im Inventar der Gesellschaft noch im Kapitalkonto des Sozius, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag anders bestimmt, z. B. als eine einmalige Abfindungssumme für die dauernde Überlassung. Ist für die Überlassung eine wiederkehrende Vergütung vereinbart, so wird diese dem betreffenden Gesellschafter jedesmal gutgeschrieben.

Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist der Gesellschafter nicht verpflichtet,[257]) wie er auch ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter seine Einlage nicht vermindern darf.[258])

Den Einlagen gegenüber stehen die Aufwendungen, die ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, und die er den Umständen nach für erforderlich halten dürfte, sowie die Verluste, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erleidet. Für diese kann er nach § 110 HGB. von der Gesellschaft Ersatz verlangen. Im Unterschied von der Einlage kann er für aufgewendetes Geld von der Zeit der Aufwendung an Zinsen beanspruchen, und zwar gemäß § 352 Abs. 2 5 %. Die Auszahlung dieser Beträge kann er gegen § 122 HGB. auch dann fordern, wenn es der Gesellschaft offenbar zum Schaden gereicht, während er auf Rückzahlung der Einlagen keinen Anspruch hat, selbst wenn diese für den Geschäftsbetrieb entbehrlich sein sollten.[259])

Das Kapitalkonto des Gesellschafters erhöht sich durch den ihm zuzuschreibenden Anteil am Gewinn und mindert sich entsprechend durch den seinem Kapitalkonto abzuschreibenden Verlustanteil. Weiter kann es sich mindern durch die nach § 122 entnommenen Beträge; nach dieser

---

[257]) BGB. § 707; ebenso altes HGB. Art. 92.
[258]) HGB. § 122 Abs. 2.
[259]) Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXI S. 25.

Bestimmung hat jeder kapitalbeteiligte Gesellschafter das Recht, Geld bis zum Betrage von 4 % seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu seinen Lasten zu erheben, gleichgültig ob Verlust erlitten oder Gewinn erzielt wurde.

Für die Gewinn- und Verlustberechnungen gelten folgende Regeln: Jeder Gesellschafter hat ein Recht auf Gewinn, wenn ein solcher gemacht worden ist. Am Schlusse jedes Geschäftsjahres wird deshalb auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet.[260]) Dem kapitalbeteiligten Gesellschafter gebührt nun vor dem nichtkapitalbeteiligten von dem Jahresgewinn zunächst eine Vorzugsdividende von 4 % seines aktiven Kapitalanteils.[261]) Diese Vorzugsdividende beträgt höchstens 4 %, sie ist geringer, wenn der Jahresgewinn weniger beträgt als die Summe, die sich ergibt, wenn man die vorhandenen Bareinlagen der Gesellschafter mit 4 multipliziert und sodann durch 100 dividiert.[262]) Die anderen Gesellschafter erhalten deshalb nichts, wenn nicht soviel Gewinn gemacht wurde, daß die kapitalbeteiligten 4 % ihrer Einlage erhalten konnten. Ist dagegen der Jahresgewinn größer als der Betrag dieser 4 %, so wird der nach Abzug der Vorzugsdividende verbleibende Überschuß zu gleichen Teilen (nach Köpfen) auf alle Gesellschafter verteilt.[263]) Das Recht auf Anteil am Gewinn ist aber kein freies Forderungsrecht auf Auszahlung des Gewinnes schlechthin; der Gesellschafter kann an und für sich nur verlangen, daß sein Gewinnanteil seinem Kapitalanteile „zugeschrieben", und wenn mit Verlust gearbeitet wurde, sein Verlustanteil „abgeschrieben" werde. Die Auszahlung des Gewinnanteils des letzten Geschäftsjahres kann nur gefordert werden, soweit es nicht der Gesellschaft offenbar zum Schaden gereicht.[264]) Neben dem Gewinnanteilsrecht steht jedem kapitalbeteiligten Gesellschafter das Recht zu Geld bis zum Betrage von 4 % seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu seinen Lasten zu erheben, auch dann, wenn die Auszahlung dem Gesellschaftszweck zum Nachteil gereichen sollte. Durch diese Auszahlung wird sein Kapitalanteil um den ausgezahlten Betrag gemindert.

Der Verlust wird mangels anderer vertraglicher Bestimmungen immer nach Köpfen geteilt, gleichgültig ob der Gesellschafter mit Kapital beteiligt ist oder nicht. Der Verlust wird auf dem Passivkonto jedes Gesellschafters eingesetzt, bezw. seinem Aktivkonto abgeschrieben. Dagegen besteht keine Verpflichtung zur Zuzahlung.

---

260) HGB. § 120 Abs. 1.
261) HGB. § 121 Abs. 1.
262) Nach Art. 106 des alten HGB. wurden alljährlich ohne Rücksicht darauf, ob Gewinn gemacht worden war, 4 % feste Zinsen dem kapitalbeteiligten Gesellschafter zugeschrieben. HGB. kennt eine solche Bestimmung nicht mehr.
263) HGB. § 121 Abs. 3.
264) HGB. § 121 Abs. 1.

Diese Rechtssätze über Gewinn- und Verlustverteilung gelten jedoch nur, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.

Ist die Summe der gutgeschriebenen Beträge größer als die zur Last geschriebenen, so ergibt sich ein Aktivsaldo, ist sie geringer, ein Passivsaldo, ist sie gleich null, so gilt das Saldo des Gesellschafters gleich null. Wie schon erwähnt, sind das aber nur fiktive Ziffern, die nicht etwa die dem Gesellschafter zukommende Quote am Gesellschaftsvermögen darstellen, sondern sie bezeichnen nur den Betrag, den der Gesellschafter zu erhalten, bezw. zu zahlen hätte, wenn die Auseinandersetzung momentan erfolgte.

Um beim Ausscheiden eines Gesellschafters festzustellen, ob er ein Aktiv- oder Passivsaldo hat, ist die Aufstellung einer Bilanz nach Maßgabe der Vermögenslage der Gesellschaft in dem für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunkte erforderlich (sogen. Auskehrungsbilanz). Da es sich hier darum handelt, dasjenige zu ermitteln, was der Ausscheidende bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst würde, so ist demgemäß der Wert zur Zeit des Ausscheidens des Gesellschafters dieser Bilanz zugrunde zu legen. Hierbei ist zu beachten, daß bei der bestehenden Gesellschaft zur Stärkung der wirtschaftlichen Grundlage des Geschäftsbetriebs es handelsüblich ist, die jährlichen Abschreibungen auf die Betriebsgegenstände über den durch die erfolgte Abnutzung gebotenen Betrag hinaus zu bemessen. Dadurch stellen sich buchmäßig der Gewinn und die danach zu verteilenden Gewinnraten niedriger, es verbleibt ein größeres Kapital dem Geschäftsbetrieb, der lebensfähiger gemacht wird.[265]) Da der Ausscheidende aber am wahren Werte partizipieren soll, so dürfen bei der Auskehrungsbilanz solche willkürliche Werte nicht in Ansatz kommen, vielmehr ist der wahre objektive Wert, welchen die Vermögensgegenstände für das Geschäft haben, event. im Wege der Schätzung zu ermitteln.[266]) (Wert der sogen. lebenden Gesellschaft).

Vertragsmäßig kann anderes festgesetzt sein, so insbesondere, daß der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens des Ausscheidenden die letzte Bilanz zugrunde zu legen ist.[267])

---

[265]) RG. im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. u. Proz. I S. 499.

[266]) Bolze III Nr. 778 S. 273; RG. in JurW. XXVIII 1899 Nr. 8 S. 395; und in JurW. XXXI 1902 Nr. 14 S. 590; Lehmann-Ring S. 339 Nr. 5 a. E; Staub, Exkurs zu § 141 Anm. 5 S. 460; 8. Aufl. Anm. 5 S. 531; Goldmann S. 611 Ziff. 21 zu § 138.

[267]) RG. in Seufferts Arch. Bd. 56 Nr. 81 S. 142 f.; OLG. Dresden in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXX Nr. 67 S. 462 f.; Busch XVII S. 45 f. u. f. f.

## § 20.

## B. Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Ausgeschiedenen im allgemeinen.

Wie schon hervorgehoben, hört der Ausscheidende mit dem Zeitpunkt seines Ausscheidens auf, Gesellschafter zu sein, er steht der fortgesetzten Gesellschaft als Dritter gegenüber.[267]) Da es aber bei der Auseinandersetzung einer allmählichen Abwicklung der schwebenden Geschäfte bedarf, so kann das Band, das den Gesellschafter bis dahin mit den übrigen verbunden hatte, nicht plötzlich zerschnitten werden, es muß vielmehr rücksichtlich derjenigen Geschäfte, welche zur Zeit des Ausscheidens noch schweben, allmählich gelöst werden. Diese noch bestehende Gemeinschaft ist keine Sozietät mehr,[268]) sondern lediglich Folge und Zweck der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung, die in einer die Gesellschaftsinteressen möglichst schonenden Weise nicht auf einmal, sondern allmählich beendet werden soll, ohne daß der Ausgeschiedene andererseits der Willkür der verbleibenden Gesellschafter preisgegeben wird.

Im alten Handelsgesetzbuch waren die Bestimmungen über die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter in Art. 130 und 131 enthalten. Da dieselben — im wesentlichen gleichen Inhalts — in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden sind, so erübrigt sich ihre Aufnahme in das neue Handelsgesetzbuch. Darnach finden auf die Auseinandersetzung die Vorschriften in den §§ 738—740 Anwendung.

Die Vorschriften über die interne Regelung der Auseinandersetzung sind aber nur dispositiv; es steht nichts entgegen, daß im Gesellschaftsvertrage von vornherein eine abweisende Regelung festgesetzt wird, oder daß die Gesellschafter beim Ausscheiden anderes vereinbaren.[269])

Die Auseinandersetzung selbst ist aufzufassen „als Aufgabe des Mitrechts am Gesellschaftsvermögen seitens des Ausscheidenden zugunsten der verbleibenden Gesellschafter gegen Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der dem Werte seines Gesellschaftsanteils entsprechenden Summe, nicht seitens der Einzelpersonen der anderen bisherigen Gesellschafter, sondern seitens der von diesen fortgesetzten, hinsichtlich des Ausgeschiedenen

---

[267]) RG. XXI Nr. 20 S. 95.

[268]) So richtig ROHG. X Nr. 10 S. 62; Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. d. ges. HR. XXIX S. 377; Behrend S. 559 § 80; Staub, Exkurs zu § 141 Anm. 21 S. 463; 8. Aufl. S. 534 Anm. 22; Dertmann S. 800, 1 Abs. 2, zu § 740; gegen ROHG. XV Nr. 60 S. 204 f.; RG. XV Nr. 19 S. 81.

[269]) Busch XVII S. 45 f.; ROHG. XVI Nr. 109 S. 427 ff.; OLG. Dresden in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXX S. 462/63 Nr. 67; Mot. zu §§ 657, 658 Entw. 2. BGB.; Goldmann S. 608 Ziff. 7 IIa zu § 138; Staub S. 462 Anm 13 Zusatz 1; 8. Aufl. S. 533 Anm. 13 Zusatz 1; Planck II S. 481 zu § 738; Staudinger II S. 656 unter III; Dertmann S. 800 unter 5 zu § 738 BGB. und die dort zitierte Literatur.

neuen, Gesellschaft. Die fortgesetzte Gesellschaft ist es, welche sich mit dem Ausgeschiedenen auseinanderzusetzen, ihm Gemeinschaft an den noch fortlaufenden alten Geschäften zu gewähren, ihn vor Inanspruchnahme aus den von ihr zur Tilgung übernommenen Gesellschaftsschulden zu schützen hat". [270])

Das Recht des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen wandelt sich in eine persönliche Forderung gegen die fortgesetzte Gesellschaft um, er wird Gläubiger der Gesellschaft in Beziehung auf sein Abfindungsguthaben, das nun ein Passivum der Gesellschaft darstellt, [271]) für welches sowohl diese, als auch die einzelnen Mitglieder nach § 128 HGB. solidarisch haften, während sein Recht am Gesellschaftsvermögen erlischt. Sein Anspruch ist ein reines Forderungsrecht geworden, das im Wege der Zession übertragen werden kann. [272])

Der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen kraft Gesetzes zu, [273]) ohne daß es eines Übertragungsaktes bedarf. Das Gesellschaftsvermögen, welches vorher im Gesamteigentume aller Mitglieder einschließlich des Ausscheidenden stand, ist nunmehr nur noch Gesamteigentum der verbleibenden Gesellschafter. Da die alte Gesellschaft fortgesetzt wird, also das Rechtssubjekt nicht wechselt, so kann von einer Veräußerung von Vermögensgegenständen schlechterdings nicht die Rede sein. Diese Art der Regelung, daß der Zuwachs kraft Gesetzes geschieht, ist erst in der zweiten Kommission zur Beratung eines Bürgerlichen Gesetzbuches beschlossen worden und war Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten, die besonders hervorgerufen wurden durch den Einfluß dieser Akkreszenztheorie auf das Grundbuch. Der 1. Entwurf [274]) wollte dem Ausscheidenden die Verpflichtung auferlegen, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen einschließlich der Forderungen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen. In der zweiten Kommission wurde demgegenüber von der Mehrheit betont, daß die gesetzliche Akkreszenz eine notwendige Folge der Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft als Gesellschaft zur gesamten Hand sei, und daß es wünschenswert erscheine, die Rechtsverhältnisse des ausscheidenden Gesellschafters so zu gestalten, daß die übrigbleibenden Mitglieder über das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftszwecken entsprechend verfügen könnten, ohne durch ein etwaiges Einspruchsrecht des Ausgeschiedenen behindert zu werden. [275]) Dieser zuletzt genannte Grund zeigt deutlich, wie man bei der Ausarbeitung des neuen Handelsgesetzbuchs bestrebt war, dem Bestande der offenen Handelsgesell-

---

[270]) RG. VII Nr. 31 S. 94/95.
[271]) ROHG. Nr. 10 S. 57 ff.; RG. VII Nr. 31 S. 94/95.
[272]) RG. XVIII Nr. 8 S. 43 f.
[273]) BGB. § 738.
[274]) vgl. Entw. 1 zu BGB. § 658 Abs. 4; Prot. II S. 445 ff.
[275]) Prot. S. 446.

schaft eine größere Festigkeit zu verleihen und in diesem Sinne die verbleibenden Gesellschafter günstiger stellte aus den ausscheidenden.

Die in §§ 738—740 BGB. gegebene Regelung der Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden ist analog und entsprechend anzuwenden auf den Fall, daß bei einer aus zwei Personen bestehenden Handelsgesellschaft dieselbe durch Ausscheiden des einen aufgelöst wird und der andere Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. [276] [277]

## C. Rechte und Pflichten des Ausscheidenden der Gesellschaft gegenüber.

### § 21.

### 1. Die Rechte.

Wir haben gesehen, daß die Einbringung der Gegenstände ins Gesellschaftsvermögen entweder — communicatio quoad sortem — unter Aufgabe des alleinigen Eigentumsrechtes seitens des Inferenten oder quoad usum, wobei sein Eigentumsrecht unberührt bleibt, geschehen kann. [278] Im Gegensatz zu den ersteren Gegenständen, die der Gesellschaft verbleiben, können die letzteren von dem Ausscheidenden in natura zurückverlangt werden, und zwar nach Maßgabe des § 732 BGB. [279] Ist ein solcher Gegenstand durch Zufall untergegangen oder verschlechtert worden, so kann er hierfür keinen Ersatz fordern. [280] Ebenso steht ihm kein Ersatzanspruch für diejenigen Beiträge zu, welche in Leistung von Diensten bestanden. [281] War dagegen der Untergang oder die Verschlechterung der quoad usum inferierten Gegenstände durch Verschulden der übrigen Gesellschafter entstanden, so kann er Ersatz des Schadens nach allgemeinen Grundsätzen [282] von den übrigen Gesellschaftern, bezw. von dem allein schuldigen Gesellschafter verlangen. Soweit der Untergang oder die Beschädigung durch schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten seitens des geschäftsführenden Gesellschafters verursacht wurde, wird der diesbezügliche Ersatzanspruch sich gegen das Gesellschaftsver-

---

[276] RG. Bd. 56 Nr. 4 S. 16; RG. in JurW. 1904 S. 37 Nr. 4 und 1905 Nr. 8 S. 231; Staub S. 459 Anm. 2, S. 464 Anm. 30 im Exkurs zu § 141; 8. Aufl. S. 530 Anm. 2, S. 535 Anm. 32 im Exkurs zu § 141; Neumann I S. 380 Note 7 u. 8; Staudinger S. 658 Anm. 7 zu § 740 BGB.

[277] vgl. unten S. 71 Anm. 355 zu § 22.

[278] vgl. S. 54.

[279] BGB. S. 738 Abs. 1 Satz 2.

[280] BGB. § 732.

[281] BGB. § 733 Abs. 2 Satz 3.

[282] BGB. §§ 275 ff., 708, 280, 281.

mögen richten. Wie vertragsmäßig entgegen dem § 732 BGB. die Gesellschaft auch für casu untergegangene oder verschlechterte quoad usum überlassene Gegenstände haften kann, so kann auch der Gesellschaftsvertrag für die Zeit der Herausgabe besonders bestimmen.[283]) Hatte z. B. ein Gesellschafter als Teil seiner Einlage der Gesellschaft auf 10 Jahre ein Grundstück zur Benutzung überlassen und scheidet er 5 Jahre vor Ablauf dieses Zeitraums aus der Gesellschaft aus, so ist ihm der Gebrauchswert für die verflossene Zeit, soweit noch nicht geschehen, auszuzahlen, für die übrigen 5 Jahre hat er das Grundstück der Gesellschaft weiter zu überlassen. Dies ist ein wesentlicher Unterschied vom Liquidationsverfahren, bei dem infolge der Auflösung der Gesellschaft auch der Nießbrauch an den eingebrachten Objekten aufhört und diese dem Inferenten nach beendeter Liquidation sofort zurückzugeben sind. Möglicherweise kann allerdings auch die Überlassung der quoad usum eingebrachten Gegenstände unter Zusicherung einer bestimmten Gebrauchszeit nicht schlechthin, sondern nur für den Fall des Verbleibs des Inferenten in der Gesellschaft von den Parteien gewollt sein. Dies ist Tatfrage des Einzelfalls.[284])

Haben die verbleibenden Gesellschafter eine Forderung gegen den Ausgeschiedenen, so steht ihnen an den in natura zu restituierenden Objekten ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. zu.[285])

Nach § 110 HGB. steht dem Ausscheidenden weiter ein Ersatzanspruch für in Gesellschaftsangelegenheiten gemachte Aufwendungen zu, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, und für Verluste, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erlitt, soweit sein Konto nicht bereits hierfür erkannt worden ist. Ebenso kann er die Rückzahlung der von ihm gegebenen Darlehne nebst deren Zinsen vom Tage des geleisteten Vorschusses an fordern.[286])

Nach § 738 BGB. kann der Ausscheidende Befreiung von den „gemeinsamen", das sind die zur Zeit seines Ausscheidens aus der Gesellschaft bestehenden, Schulden fordern. Diese gehen inter socios auf die verbleibenden Gesellschafter über. Dieser Anspruch ist ausdrücklich auf „Befreiung von den bestehenden Verbindlichkeiten gerichtet, nicht etwa nur darauf, ihn vor Inanspruchnahme zu sichern. Soweit diese noch nicht fällig sind, haben die verbleibenden Gesellschafter auf sein Verlangen Sicherheit zu leisten.[287]) Im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht[288])

---

[283]) Mot. zu BGB. II S. 629.

[284]) Lehmann-Ring S. 339 Nr. 3 a.

[285]) Planck S. 482 zu § 739.

[286]) Ebenso altes HGB. Art. 93.

[287]) BGB. §§ 232 ff.

[288]) Planck S. 482 zu § 738; Knoke S. 129 (569); Türke, Niedenführ und Winter S. 641 Anm. 6; Dernburg II 1899 S. 552 § 362 II, 2; Goldmann S. 610 Ziff. 17 a. E.; Staub 8. Aufl. S. 532 Exkurs zu § 141 Anm. 10.

erstreckt sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[289]) die Pflicht zur Befreiung von den bestehenden Verbindlichkeiten sowie zur Sicherheitsleistung regelmäßig nicht auf streitige Schulden. Natürlich kann der Ausscheidende den Anspruch dann geltend machen, wenn er die Existenz der von den übrigen Gesellschaftern bestrittenen Schuld beweist. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht damit, daß es an einer genügenden Grundlage für die herrschende Meinung im Gesetz mangele, zumal der Gesetzgeber im Gegensatz zu § 730 BGB. die bestrittenen Forderungen nicht erwähne. Weiter „könne die Notwendigkeit, für Schulden, mit deren alsbaldiger Berichtigung die Gesellschafter nicht gerechnet haben, weil sie dieselben aus gutem Grund bestreiten können, Sicherheit zu leisten und dem Gesellschaftszwecke bedeutende Mittel entziehen zu müssen, im einzelnen Falle zweifellos zu großen Härten und Unbilligkeiten führen". In dieser Betonung der wirtschaftlichen Interessen der offenen Handelsgesellschaft finden wir wieder den Grundsatz: Begünstigung der Gesellschaft gegenüber dem Ausscheidenden zu ihrer Erhaltung. — Ebensowenig besteht dieser Sicherungsanspruch bezüglich bedingter Forderungen.[290]) Die Pflicht zur Befreiung von bestehenden Verbindlichkeiten und zur eventuellen Sicherheitsleistung würde sich auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift schon aus der Erwägung ergeben haben, daß bei Ermittelung des Aktiv- bezw. Passivsaldos des Ausscheidenden die bisher entstandenen Verbindlichkeiten in Betracht gezogen und als Passiva in die aufzustellende Bilanz aufgenommen werden müssen. Daraus folgt, daß diese Verpflichtung auch dann besteht, wenn sich zu Lasten des Ausscheidenden ein Passivsaldo ergibt; es kann höchstens, wenn solchenfalls der Ausgeschiedene in Anspruch genommen worden war, gegen seine Ersatzforderung mit der der Gesellschaft gegen ihn zustehenden Forderung aufgerechnet werden. Andererseits steht dem Ausgeschiedenen ein Zurückbehaltungsrecht so lange zu, bis er von den gemeinschaftlichen Schulden befreit oder ihm Sicherheit geleistet ist.[291]) Wird ungeachtet seines Befreiungs- bezw. Sicherungsanspruches der Ausscheidende wegen einer solchen Verbindlichkeit auf Grund seiner dem Dritten gegenüber fortbestehenden Haftung[292]) in Anspruch genommen, so kann in Höhe des ganzen von ihm gezahlten Betrags gegen die fortgesetzte Gesellschaft sowohl, als auch gegen die dafür solidarisch haftenden verbliebenen Gesellschafter Regreß nehmen. Diese Haftung besteht selbst dann, wenn der Ausscheidende in Gemeinschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern ein

---

[289]) RG. Bd. 60 Nr. 36 S. 155 ff.; ebenso Staudinger II S. 655 II, 3b; Goldmann-Lilienthal Anm. 19 zu § 200; Oertmann S. 799, 2 Abs. 2 zu § 738 BGB.; Neumann S. 480 N. 7 zu § 738 BGB.; Dernburg II S. 630 § 362 II, 2.

[290]) Knoke S. 129 (569) u. a.

[291]) Planck S. 482 Anm. zu § 739 a. E.

[292]) vgl. unten § 23 S. 205 ff.

constitutum debiti den Gläubigern gegenüber eingegangen war.[293]) Für den Fall eines späteren Konkurses der verbleibenden Gesellschafter kann der Regreßanspruch des Ausgeschiedenen nicht neben der Forderung des Gläubigers angemeldet werden und wird derselbe durch Abschluß eines Zwangsvergleiches insoweit beseitigt, als der Gläubiger dadurch befriedigt ist. Wegen des Ausfalls, den der Ausgeschiedene über die Akkordquote hinaus an den Gläubiger zahlt, hat er keinen Regreßanspruch.[294]) Andererseits hat aber der von den verbliebenen Gesellschaftern geschlossene Zwangsvergleich keinen Einfluß auf die Solidarhaftung des Ausgeschiedenen, der bis zur vollen Höhe verhaftet bleibt.[295])

Der Hauptanspruch des Ausscheidenden richtet sich auf Auszahlung desjenigen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst würde. Voraussetzung ist einerseits, daß er ein Aktivsaldo hat und daß der Gesellschaftsfonds in Höhe dieses Guthabens solvent ist, da die Gesellschafter zu Nachzahlungen nicht verpflichtet sind,[296]) um ihm seine Einlage zu ersetzen.[297])

Die Faktoren, aus denen sich das Auseinandersetzungsguthaben zusammensetzt, sind der gegenwärtige wirkliche Wert der ursprünglichen Einlage, die nicht abgehobenen Zinsen und Gewinnanteile sowie die dem Ausgeschiedenen zukommenden Zinsen nebst den Gewinnanteilen vom letzten Geschäftsabschlusse an bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens. Die Ermittelung dessen, was hiernach dem Ausscheidenden zu zahlen ist, geschieht durch Aufstellung der oben besprochenen Bilanz[298]) nach Maßgabe der Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens. Das Recht auf Auszahlung der festgesetzten Summe bedeutet für die Gesellschaft ein Passivum, für das sowohl der Gesellschaftsfond als auch die verbleibenden Gesellschafter, und zwar letztere solidarisch[299]) haften,[300]) da ihnen der Ausgeschiedene nicht mehr als Gesellschafter, sondern als Dritter gegenübersteht. Auch ein neueintretender Gesellschafter wird für diese Verbindlichkeit mithaftbar.[301])

Für das alte Handelsgesetzbuch war es streitig, ob der Ausscheidende sein Abfindungsguthaben in Geld fordern könne oder ob nur der Ge-

---

[293]) RG. XI Nr. 24 S. 130.
[294]) RG. XIV Nr. 39 S. 178; unten § 23 S. 72 f.
[295]) RG XXIX Nr. 11 S. 39; RG. Bd. 56 Nr. 88 S. 266; Kinsberg in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 46 S. 82; unten § 23 S. 75 f.
[296]) BGB. § 707.
[297]) Planck S. 481 Anm. zu § 738 BGB.
[298]) vgl. oben § 19 S. 56.
[299]) Mugdan S. 273, Denkschr. S. 101; oben § 20 S. 57 f.
[300]) vgl dagegen Oertmann S. 799, 1 zu § 738 BGB.: „Es ist somit anzunehmen, daß auch im Fall des § 738 BGB. für den Teil des Abfindungsanspruches, der sich rechnerisch aus Gewinnposten zusammensetzt, keine persönliche Haftung eintritt."
[301]) Makower S. 269 IV zu § 138 HGB.; Lehmann-Ring S. 338 Nr. 2.

sellschaft die Wahl zustehe, entweder in natura zu restituieren oder eine Abfindungssumme zu zahlen.[302]) Diese Streitfrage hat das BGB. in § 738 dahin entschieden, daß die verbleibenden Gesellschafter „verpflichtet" sein sollen, dasjenige zu „zahlen", was dem ausscheidenden Gesellschafter im Falle der Auflösung zukommen würde. Daraus folgt zweifellos, daß er nunmehr auch berechtigt sein soll, die Abfindung in Geld zu verlangen, während ihm Naturalabfindung nicht aufgedrängt werden kann.

Rücksichtlich der Zeit, zu welcher die Zahlung an den Ausgeschiedenen zu erfolgen hat, ist im § 738 BGB. nichts bestimmt. Es greift deshalb die allgemeine Bestimmung des § 271 BGB. Platz, wonach in erster Linie ausdrückliche oder den Umständen nach zu entnehmende Vereinbarung maßgebend ist. Läßt sich darnach eine Zeit nicht bestimmen, so kann der Ausscheidende Zahlung sofort verlangen, die Gesellschaft sie sofort bewirken. Aus den „Umständen", insbesondere unter Berücksichtigung der im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche,[303]) wird aber der Richter zu entnehmen haben, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in den seltensten Fällen ein Recht auf sofortige Leistung bestehen wird. Denn dadurch, daß die Gesellschaft gezwungen würde, plötzlich ein größeres Kapital ihrem Betriebe zu entziehen, würde die Existenz der Gesellschaft in den meisten Fällen gefährdet, wenn nicht vernichtet werden, während, wie schon öfters erwähnt, die Tendenz des Gesetzgebers auf Erhaltung der Gesellschaft gerichtet ist. Deshalb wird das Gericht nach freiem richterlichen Ermessen angemessene Zahlungsfristen festsetzen dürfen.[304]) So hat das Reichsoberhandelsgericht in einem Falle zwei vom Gericht festgesetzte Fristen von je einem Jahre für angemessen erachtet.[305]) Dies gilt aber nur, solange die Rücksicht auf den Fortbestand der Gesellschaft es geboten erscheinen läßt, und greift nicht Platz bei nachträglicher totaler Auflösung der Gesellschaft. Das Reichsoberhandelsgericht[306]) erklärt in Anerkennung dieses Grundsatzes, daß vertragsmäßige Vereinbarungen über ratenweise Abzahlungen des Auseinandersetzungsguthabens im Zweifel nur zugunsten der bestehenden Gesellschaft benigne zu interpretieren sind, es sei denn, daß die Befristung absolut ohne Rücksicht auf die Fortdauer der Gesellschaft ausbedungen ist. Bei der nach dem Ausscheiden erfolgten Auflösung entfällt diese Vergünstigung und die Forderung wird sofort fällig. Auf einem anderen Standpunkt steht das Reichsgericht,[307]) das der Liquidation einen Einfluß auf die Ratenzahlungen nicht zugesteht.

[302]) Hertzer, Diss. S. 29 ff.; Weßberge, Diss. S. 16 f.
[303]) HGB. § 346.
[304]) Staub S. 461 Exkurs zu § 141 Anm. 9, 8 Aufl. S. 532 Exkurs zu § 141 Anm. 9; Goldmann S. 611 Ziff. 23; Lehmann-Ring S. 540 Nr. 7; Planck II S. 42 Anm. zu § 271 BGB. unter 1.
[305]) Puchelt S. 294 Anm. 5 zu Art. 131.
[306]) ROHG. X Nr. 10 S. 64.
[307]) RG. IX Nr. 3 S. 14 f.

Sicherheit für rechtzeitige Auszahlung des Abfindungsguthabens zu leisten, ist die Gesellschaft nicht verpflichtet. Der Ausscheidende kann sich gegen die Gefahr, welche ihm dadurch erwächst, daß sein Recht am Gesellschaftsvermögen in eine persönliche Forderung umgewandelt wird, nur dadurch schützen, daß er einen Arrestbefehl erwirkt, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind.[308])

Wegen seiner Abfindungsforderung kann der Ausscheidende im Hinblick auf die kraft Gesetzes eintretende Anwachsung kein Zurückbehaltungsrecht an der Gesellschaft gehörigen Gegenständen geltend machen.[309])

Die Feststellung der Abfindungssumme ist Sache aller Gesellschafter einschließlich des Ausscheidenden, es sei denn, daß im Vertrage etwas anderes bestimmt ist. Daher kann der Ausscheidende nicht verlangen, daß die fortgesetzte Gesellschaft ihm über den Stand des Vermögens zur Zeit seines Ausscheidens Rechenschaft ablege, ebensowenig, daß sie allein für ihn die Auskehrungsbilanz aufstelle und ihm mitteile. Weder das alte Handelsgesetzbuch noch das neue Handelsgesetzbuch enthalten darüber ausdrückliche Bestimmungen, dies ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.[310]) Dieses Recht der Mitwirkung an der Auskehrungsbilanz ist ein höchstpersönliches Recht, das der Ausscheidende nicht übertragen und regelmäßig auch nicht durch einen von ihm bevollmächtigten Vertreter ausüben lassen kann. Indessen müssen letzterenfalls Ausnahmen nach richterlichem Ermessen gestattet sein, wenn das Verlangen der persönlichen Ausübung des Rechts eine Verletzung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[311]) in sich schließt. Nicht zu verwechseln damit ist die zulässige Ausübung dieses Rechts durch den gesetzlichen Vertreter. Die Zuziehung eines Sachverständigen insbesondere für die event. Schätzung von Vermögenswerten kann dem Ausscheidenden nicht verwehrt werden.[312]) Dagegen kann er den Verkauf gemeinschaftlicher Gegenstände zum Zwecke der Wertsermittelung nicht fordern.[313]) Läßt sich eine Verständigung über die gemeinsame Erledigung dieser Arbeiten nicht erzielen, so bleibt, wie das Reichsgericht ausführt, nichts anderes übrig, als auf Verlangen des einen oder des anderen Teils die den Parteien gemeinschaftlich obliegende Arbeit auf Kosten aller bisherigen Gesellschafter

---

[308]) Staub S. 461 Exkurs zu § 141 Anm. 9 Abs. 2; Planck II S. 482 Anm. zu § 738 BGB.

[309]) OLG. Stuttgart in Rechtspr. d. OLG. VI S. 446; DJZ. 1902 VII S. 276; ebenso Staudinger S. 655e Abs. 2 zu § 738 BGB.; Türke, Niedenführ u. Winter S. 641 Anm. 10b; vgl. auch oben § 14 S. 40ff.; Kohler, Bürgerl. R. S. 408 § 148 XI, 2; anderer Ansicht Neumann Note I, 6 zu § 738 BGB.; Oertmann S. 800 Nr. 4 zu § 738 BGB.

[310]) RG. XV Nr. 19 S. 82f.

[311]) BGB. § 157.

[312]) ROHG. VII Nr. 18 S. 75; RG. XV Nr. 19 S. 80ff.; RG. XXV Nr. 21 S. 88.

[313]) Mot. II S. 632.

durch einen Sachverständigen ausführen zu lassen, dessen Ernennung event. nach Analogie des § 146 Abs. 2 durch das Gericht erfolgen müßte,[314]) und zwar hier im ordentlichen Rechtswege. Das Gesetz gestattet nicht, den Registerrichter um Ernennung eines zwischen beiden Teilen stehenden richterlichen Sachverständigen anzugehen.[315]) Erhebt sich Streit über die Bewertung des Gesellschaftsvermögens, so haben amtliche Sachverständige es abzuschätzen,[316]) es sei denn, daß durch den Gesellschaftsvertrag oder nachträgliche Vereinbarungen ein bestimmter Sachverständiger bestimmt ist.[317]) Doch werden Vereinbarungen, die sich nur auf die Schätzung für die regelmäßige Gewinnverteilung beziehen, nicht hierher zu rechnen sein.[318]) Sind Sachverständige für die Abschätzung vertragsmäßig bestimmt, wobei auch einem Gesellschafter diese Befugnis übertragen worden sein kann, so besteht ein richterliches Nachprüfungsrecht.[319]) Erben haben ihre Rechte analog dem § 146 Abs. 1 HGB. durch einen gemeinschaftlichen Vertreter wahrnehmen zu lassen.

Die gemeinsame Berechnung des Abfindungsguthabens schließt eine Anfechtung desselben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht aus, indem z. B., wie Staub S. 461 Anm. 8 ausführt, dessen Ausführungen wir uns anschließen, dargetan wird, daß in die Bilanz eingestellte Passiva gar nicht oder umgekehrt nicht gebuchte vorhanden waren. Dies würde zur Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung berechtigen. Die Anfechtung könnte dadurch ausgeschlossen sein, daß nicht die Summe der Einzelposten, sondern eine geschätzte, vereinbarte Pauschalsumme als Abfindungsguthaben angenommen wurde. Eine solche Vereinbarung kann nicht durch Anfechtung der einzelnen Posten, sondern nur wie ein Vergleich angefochten werden.[320]) Da die Vorschrift des § 738 Abs. 2: „Der Wert ist erforderlichenfalls durch Schätzung zu ermitteln" in Ermangelung anderer Möglichkeit eine endgültige Grundlage für die Abrechnung schaffen will, so kann nicht schon deshalb, weil der Wert sich nachträglich als zu hoch oder zu niedrig herausstellt, angefochten werden. So können keine Ansprüche daraus hergeleitet werden, daß zweifelhafte Außenstände, die auf Verlustkonto gebucht wurden, nachträglich noch eingingen und andererseits bei anscheinend sicheren Außenständen sich Verluste einstellten.

Bei der Ermittelung des Abfindungsguthabens wird regelmäßig noch nicht das Ergebnis der zur Zeit des Ausscheidens schwebenden Geschäfte berücksichtigt werden können, da zu dieser Zeit noch nicht wird festgestellt werden können, ob und in welcher Höhe sich aus ihnen Gewinn

---

[314]) RG. XV S. 82 Nr. 19.
[315]) RG. XIII S. 155 ff. Nr. 37.
[316]) BGB. § 738 Abs. 2.
[317]) ROHG. XVI Nr. 109 S. 427.
[318]) Knoke S. 130 (570).
[319]) ROHG. XVI Nr. 109 S. 427 ff.; BGB. §§ 315 u. 317.
[320]) BGB. § 779.

oder Verlust ergibt. Deshalb bestimmt § 740 BGB. im Anschluß an die gleiche Bestimmung in Art. 130 Abs. 2—4 des alten HGB.: „Der Ausscheidende nimmt an dem Gewinn und dem Verluste teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt." Unter solchen Geschäften sind nach dem Entwurf I BGB. § 658 Abs. 2 die „schon vorher begonnenen und erst nachher beendeten" Geschäfte zu verstehen. Dies könnte unter Umständen zu falscher Auffassung führen; man wird deshalb unter diesen sogen. Abwicklungsgeschäften solche verstehen müssen, die notwendig und unmittelbar eine Folge bereits eingegangener Geschäfte darstellen.[321]) So z. B. wenn Dissenzen über ein Geschäft durch einen Vergleich beigelegt wurden, ferner die zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangenen neuen, Lieferungsverträge, die zur Zeit des Austritts abgeschlossen, aber noch nicht ausgeführt waren.[322]) Dagegen hat der Ausgeschiedene keinen Anteil an den Geschäften, die von dem geschäftsführenden Gesellschafter zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, in welchem der Gesellschafter zwar ausgeschieden, der Dritte davon aber noch keine Kenntnis erhalten hatte.[323])

Diese Teilnahme an den Abwicklungsgeschäften begründet aber keineswegs die Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses, sondern bedeutet nur eine gewisse Gemeinschaft eines Dritten — des Ausgeschiedenen mit der fortgesetzten Gesellschaft, die lediglich den Zweck hat, dem Ausgeschiedenen die finanziellen Ergebnisse dieser Geschäfte zugute kommen zu lassen oder ihn einen Mißerfolg tragen helfen zu lassen.[324]) Die fortgesetzte Gesellschaft handelt für ihn in gesetzlicher Vollmacht, die nach außenhin nicht erkennbar ist, da sie im eigenen Namen und daher nach außen auch auf eigene Rechnung handelt, wenn auch für das Innenverhältnis zugunsten und zu Lasten des Ausgeschiedenen. Er hat daher weder Rechte in bezug auf die Geschäftsführung noch das Kontrollrecht des § 118 HGB., während andererseits auch keine Pflicht zur Mitwirkung für ihn besteht.[325]) Um ihn vor Übergriffen der verbleibenden Gesellschafter zu schützen, ist ihm das Recht gegeben, am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaftslegung über die inzwischen beendeten Geschäfte zu verlangen.[326]) Diese hat nach Maßgabe des § 259 BGB. zu erfolgen. § 260 BGB. kann keine Anwendung finden, da es sich nicht um Herausgabe eines Inbegriffs von Sachen handelt. Die zum Zwecke der Rechnungslegung von den verbleibenden Gesellschaftern dem Ausgeschiedenen angebotene Vorlegung der ordnungsmäßig geführten Bücher und Skripturen, ersetzt nicht etwa

---

[321]) ROHG. XV Nr. 60 S. 204.
[322]) RG. Bd. 56 Nr. 4 S. 16 f.
[323]) Renaud, RG. S 621,22; Hertzer, Diss. S. 26 gegen Gareis und Fuchsberger S. 263 Anm. 197 zu Art. 130.
[324]) vgl. oben § 20 S. 57.
[325]) Goldschmidt i. s. Zeitschr. f. d. ges. HR. XIX S. 377.
[326]) BGB. § 746 Abs. 2.

nur eine besondere Rechnung, sondern ist selbst schon Rechnungslegung[327]) im Sinne des § 740 BGB. Andererseits besteht aber kein Recht des Gesellschafters auf solche Vorlegung, es kann ihm auf andere Weise Rechnung gelegt werden, wenn dies ordnungsmäßig und erschöpfend möglich ist. Soweit am Schlusse des Geschäftsjahres noch Abwicklungsgeschäfte schweben, kann er Auskunft über den Stand dieser Geschäfte nach § 242 BGB. so verlangen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern.

Dies begründet aber kein Recht für ihn, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen. Bezüglich dieses Anspruches muß man scheiden zwischen der Zeit des Geschäftsbetriebs, die bis zum Tage des Ausscheidens reicht, und der Zeit nach dem erfolgten Ausscheiden. Für die erste Periode kann man dem Ausscheidenden das Recht zur Einsichtnahme in die Geschäftsbücher zur Wahrung seiner Interessen nicht versagen, während für die Zeit nach seinem Ausscheiden, in der er nur noch als Dritter, nicht mehr als Gesellschafter an den Abwicklungsgeschäften teilnimmt, ihm das Recht des § 118 HGB. nicht zusteht, da dieses ein höchstpersönliches, mit der Gesellschaftereigenschaft verbundenes Recht ist.[328]) So darf er nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[329]) nicht einmal, wenn er am Schlusse des Geschäftsjahres ausschied, die als Grundlage für das neue Jahr maßgebende Inventur und Bilanz des verflossenen einsehen. Diese Ansicht geht zu weit, da die Bilanz ebenso als Übersicht über das Betriebsergebnis von Bedeutung ist.[330])

Auf Grund der ihm gelegten Rechnung kann der Ausgeschiedene am Schlusse jedes Geschäftsjahres den ihm anteilsmäßig zukommenden Betrag fordern, bezw. hat er ihn einzuzahlen. Wenn er die Höhe seines Guthabens anderweit selbst berechnen kann, so kann er dieses, ohne Rechnungslegung abzuwarten, einklagen.[331]) Ebenso kann er auf Rechnungslegung klagen und den Antrag im Prozesse auf Zahlung umändern,[332]) wie er auch gleichzeitig Rechnungslegung und den aus der Rechnungslage hervorgehenden Betrag fordern kann.[333]) Analog dem § 145 Abs. 2 HGB. dürften indessen nur die entbehrlichen Gelder zu verteilen, die übrigen aber insoweit zurückzuhalten sein, als sie zur Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte erforderlich sind. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger

---

[327]) ROHG. XXV Nr. 82 S. 344.

[328]) Planck S. 483 Anm zu § 740 BGB.; Goldmann S. 613 Ziff. 33 zu 138 HGB.; Siegel bei Fischer, Abhandlungen XII 1904 S. 37 u. Anm. 8.

[329]) RG. XV Nr. 19 S. 80 f.

[330]) Hertzer, Diss. S. 37/38.

[331]) Bolze IV Nr. 795 S. 244, XIII Nr. 490 S. 272, XVII Nr. 513 S. 290.

[332]) RG. in JurW. 1897 XXVI S. 603 Nr. 9.

[333]) ZPO. § 254; Staub S. 464 Exkurs zu § 141 Anm. 27.

Verbindlichkeiten, an denen der Ausgeschiedene zu partizipieren hat, kann ein entsprechender Betrag zurückgehalten werden.[334])

Der Anspruch auf Auszahlung des Abfindungsguthabens sowie die aus den Abwicklungsgeschäften dem Ausgeschiedenen zukommende Gewinndividende ist zedierbar,[335]) dagegen können die Rechte auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung und auf Rechnungslegung nicht mitabgetreten werden. Diese Rechte bleiben nach wie vor beim Zedenten, da er ja seinerseits seinem Zessionar nach § 402 BGB. verpflichtet ist, die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden auszuliefern, soweit sie sich in seinem Besitze befinden. Im Falle des § 141 HGB. steht der Anspruch auf das Abfindungsguthaben sowie auf die sich aus den Abwicklungsgeschäften ergebende Gewinndividende bis zur Höhe seiner Forderung dem Privatgläubiger zu. Ist auf Grund irrtümlicher Berechnung an ihn zuviel gezahlt worden, so kann unter Umständen dies zurückgefordert werdem;[336]) dagegen kann er nicht zur Deckung später sich ergebender Passiven herangezogen werden, hier haftet lediglich der Ausgeschiedene der Gesellschaft.

Das Recht auf Auszahlung seines Abfindungsguthabens kann der Ausgeschiedene durch Klage geltend machen, die, da sie in dem früheren Gesellschaftsverhältnis ihren Grund hat, eine actio pro socio ist, deren Eigentümlichkeiten sich daraus ergeben, daß sie nicht durante, sondern finita societate angestrengt wird.[337] Demgegenüber führt das Reichsgericht[338]) aus, der Anspruch auf die Abfindungssumme rühre zwar aus der Sozietät her, könne aber deshalb nicht die actio pro socio sein, weil der Ausgeschiedene nicht mit der fortgesetzten Gesellschaft, welche seine Schuldnerin geworden sei, sondern mit den einzelnen Gesellschaftern in Sozietät gestanden habe. Das Gemeinschaftsverhältnis, aus welchem die actio pro socio begründet wäre, sei durch die Umwandlung seines Rechts am Gesellschaftsvermögen in eine persönliche Forderung beendet. Diese Ansicht des Reichsgericht übersieht, daß der Grund des Anspruchs immer das frühere Gesellschaftsverhältnis bleibt, wenn die Klage auch finita societate angestellt wird.

Da der Ausgeschiedene nunmehr Gläubiger der fortgesetzten Gesellschaft geworden ist, so kann er seinen Anspruch auch in dem nach seinem Ausscheiden über das Vermögen der Gesellschaft eröffneten Konkursverfahren anmelden, doch gilt dies nur neben der neuen, daß sind die nach seinem Ausscheiden entstandenen Forderungen. Dagegen gehört den älteren

---

[334]) BGB. § 733 Abs. 1 Satz 2 vgl.
[335]) RG. XVIII Nr. 8 S. 43 ff.
[336]) vgl. oben S. 65.
[337]) So Behrend S. 559 Anm. 21 zu § 80; Straub S. 460/61 Exkurs zu § 141 Anm. 7; Weßberge, Diss. S. 18 f.
[338]) RG. XVII Nr. 31 S. 95.

Gläubigern gegenüber, denen er weiter haftbar geblieben ist, sein Ausschichtungsbetrag zur Konkursmasse.[339])

## § 22.

## 2. Die Pflichten.

Zur Nachzahlung der durch Verlust verminderten Einlage kann ein Gesellschafter selbst dann nicht gezwungen werden, wenn sich ein Passivsaldo für ihn ergibt.[340]) Dies ändert sich jedoch von dem Zeitpunkt an, in dem der Gesellschafter aufhört, Mitglied der Gesellschaft zu sein. Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verluste aufzukommen,[341]) mit anderen Worten, im Falle eines Passivsaldos hat der Ausgeschiedene dieses an die fortgesetzte Gesellschaft zu zahlen. Er ist Schuldner der fortgesetzten Gesellschaft geworden, die auf Einzahlung des Passivsaldos ein klagbares Recht hat. Dem Ausgeschiedenen fallen darnach nicht nur die gemeinsamen Schulden anteilmäßig zur Last, sondern auch die Minderung der Einlagen, selbst dann, wenn seine Einlage nur in der Leistung von Diensten bestand. Scheiden mehrere Gesellschafter zugleich aus, so wird bei einer derartigen Vermögenslage der Gesellschaft jeder einzelne nur für den ihm selbst zur Last fallenden Anteil am Fehlbetrag aufzukommen haben, und nicht auch für den auf die anderen mitausgeschiedenen Gesellschafter entfallenden Anteil haftbar sein, wenn dieser von ihnen nicht erlangt werden kann.[342])

Die Pflicht zur Einzahlung des Passivsaldos enthebt die Gesellschaft nicht davon, den Ausscheidenden von den gemeinsamen Schulden zu befreien und ihm für nicht fällige Sicherheit zu leisten. Das folgt notwendigerweise aus der Berechnung des Passivsaldos, in dem der Anteil des Ausscheidenden an den gemeinsamen Schulden schon enthalten ist, so daß er bei Inanspruchnahme doppelt zahlen würde. Deshalb kann er auch die Einzahlung des Passivsaldos so lange zurückhalten, bis die Gesellschaft ihn von den gemeinsamen Schulden befreit, bezw. ihm Sicherheit geleistet hat, während andererseits der Gesellschaft ein Zurückbehaltungsrecht an den von ihn quoad usum eingebrachten Gegenständen bis zur Einzahlung des Passivsaldos zusteht.[343])

---

[339]) RLHG. X Nr 10 S. 57 f.
[340]) BGB. § 707.
[341]) BGB. § 739.
[342]) Staub 8. Aufl S 534, Exkurs zu § 141 Anm. 20; vgl. BGB. § 735.
[343]) Planck S. 482 Anm. zu § 739 BGB.; Knoke S. 130; Staudinger S. 656 Anm. 1 Abs 3 zu § 739 BGB.

Außer diesem Passivsaldo hat der Ausgeschiedene alles das zu zahlen, was er sonst der Gesellschaft schuldet, insbesondere unbefugt aus der Gesellschaftskasse entnommene Gelder. Letzteres verpflichtet ihn nicht nur zur sofortigen Rückzahlung, sondern auch zum Schadensersatz. In diesem Falle ist er auch nicht berechtigt, mit seinem Aktivsaldo, der vielleicht vereinbarungsgemäß erst später fällig wird, aufzurechnen, er hat vielmehr unbekümmert um die Höhe desselben die unberechtigt entnommenen Gelder der Gesellschaft zu erstatten.[344])

Wie der Ausgeschiedende das Recht hat, an der Auskehrung mitzuwirken, so besteht auch umgekehrt für ihn die Pflicht zu dieser Arbeit.[345]) Weigert er sich ohne Grund, dieser Pflicht zu genügen, so hat er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die Kosten des event. beizuziehenden Sachverständigen zu tragen, der an seiner Stelle die Arbeit verrichtet.[346])

Dagegen besteht für den Ausgeschiedenen nicht nur kein Recht, an den Abwicklungsgeschäften aktiv teilzunehmen, sondern er hat vielmehr die Pflicht, sich die Beendigung der laufenden Geschäfte durch die verbleibenden Gesellschafter in der Weise gefallen zu lassen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Allein damit ist der Ausgeschiedene der Willkür der verbleibenden Gesellschafter nicht unterworfen, ihre Geschäftsführung hat nach vernünftigem Ermessen und nach bestem Wissen zu erfolgen.[347]) Sie haben die Geschäfte mit derselben Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten zu erledigen.[348]) Die von Hertzer[349]) und Weßberge[350]) vertretene Ansicht, daß die verbleibenden Gesellschafter die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prestieren hätten, da der Ausgeschiedene der Gesellschaft als Dritter gegenüberstehe, geht zu weit, da es unbillig wäre, eine schärfere Haftung eintreten zu lassen, als wenn er noch der Gesellschaft angehörte. Ihre Pflicht zur Geschäftsführung bei den Abwicklungsgeschäften ist eine Folge der früheren Gesellschaftereigenschaft des Ausgeschiedenen, die ihnen deshalb nicht über das Maß der culpa in concreto zugemutet werden kann. Eine dolose oder mit geringerer als in eigenen Angelegenheiten geführte Geschäftsführung macht die Gesellschafter ersatzpflichtig.

Für ihre Abwicklungstätigkeit können die verbleibenden Gesellschafter keine Vergütung fordern.[351])

---

[344]) ROHG. XXIV S. 48.
[345]) RG. XV Nr. 19 S. 82; vgl. JurW. 1886 XV Nr. 19 S. 197.
[346]) Lehmann-Ring S. 339 Nr. 5.
[347]) Prot. S. 246.
[348]) Puchelt S. 291 Anm. 8 zu Art. 130; Lehmann-Ring S. 340 Nr. 9; Staub S. 463 Exkurs zu § 141 Anm. 25; Knoke S. 130; Staudinger S. 657, 2b zu § 740.
[349]) Hertzer, Diss. S. 28.
[350]) Weßberge, Diss. S. 21.
[351]) Staub S. 463 Exkurs zu § 141 Anm. 25.

Gareis und Fuchsberger wollen dem Ausgeschiedenen eine Pflicht zur Kautionsleistung für die schwebenden Verbindlichkeiten auferlegen und berufen sich dabei zur Begründung auf die Pandektenstelle l. 38 pr. D. pro socio 17, 2.[352]) Eine derartige Bestimmung ist indessen im geltenden Handelsgesetzbuch nicht enthalten. Andererseits ist die römische Sozietät keineswegs mit der offenen Handelsgesellschaft zu identifizieren, noch gestattet die juristische Struktur der offenen Handelsgesellschaft eine analoge Anwendung der Vorschriften über römische Sozietät.

Nach § 738 BGB. ist der Ausscheidende verpflichtet, sich die Auslieferung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen in der entsprechenden Geldsumme gefallen zu lassen, d. h. er muß die Abfindung in Geld annehmen und sich auch unter Umständen angemessene Ratenzahlungen gefallen lassen.[353])

Da sein Anteil kraft Gesetzes den übrigen Gesellschaftern zuwächst, so besteht für ihn keine Pflicht, seine Rechte an den einzelnen Gegenständen zu übertragen, insbesondere bedarf es keiner Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke.[354]) [355]) Gehörte zum Gesellschaftsvermögen ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Recht oder war im Grundbuche eine Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 bezeichneten Art eingetragen und stimmt nach dem Ausscheiden des Gesellschafters der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines solchen Rechtes nicht mehr mit der wirklichen Rechtslage überein — die bisherigen Gesellschafter waren bei der Eintragung sämtlich genannt , so besteht für den Ausgeschiedenen die Pflicht, der Gesellschaft seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB. zu geben.[356])

Der Anspruch des Ausgeschiedenen gegen die fortgesetzte Gesellschaft auf Auszahlung der Abfindungssumme verjährt in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft bezw. Ausscheiden des Gesellschafters, da er jetzt der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht. Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Verlautbarung dieser Tatsachen im Handelsregister.

Derselben Verjährungsfrist unterliegt der Anspruch des Ausgeschiedenen

[352]) Gareis und Fuchsberger S. 264 Note 201 zu Art. 131; dagegen Staub S. 463 Exkurs zu § 141 Anm. 21 a. E.; 8. Aufl. S. 534 Anm. 21 a. E.; Staudinger S. 657, 2c zu § 740 BGB.

[353]) vgl. oben § 21 S. 62 a. E. ff.

[354]) KG. bei Johow XXV Nr. 52 S. 256 f.

[355]) Zu beachten ist jedoch, daß für die Fälle des § 142 HGB. ein Grundstück nicht im Wege der Grundbuchsberichtigung (BGB. § 894) auf den Namen des Ausscheidenden umgeschrieben werden kann, daß vielmehr hier Auflassung erforderlich ist. — Johow XXII Nr. 81 S. 23/24 — Entsch. in Angel der freiw. Gbkt. und des Grundbuchrechts zusammengestellt v. Reichsjustizamt II 1901 S. 146 f.; Seuffarts Arch. Bd. 57 Nr. 242 S. 454; Bd. 60 Nr. 52 S. 97; Rechtspr. d. OLG. IX S. 254 f. und die dort zitierte Literatur.

[356]) Planck S. 432 Anm. zu § 738 BGB.; Staudinger S. 654 Ia zu § 738 BGB.

auf Erstattung von Gesellschaftsschulden, die er auf Grund seiner fortgesetzten Haftung hatte zahlen müssen.[357])

## § 23.

## VII. Wirkungen des Ausscheidens im Rahmen des äußeren Rechtsverhältnisses der offenen Handelsgesellschaft in vermögensrechtlicher Beziehung.

1. In der Rechtsbeziehung zu Dritten in vermögensrechtlicher Beziehung kann das Ausscheiden keine Bedeutung gewinnen, sofern es sich um schon begründete Forderungen handelt. Dagegen entfällt die Haftung des Ausgeschiedenen unter der Voraussetzung ordnungsmäßiger Eintragung und Publikation für nach seinem Ausscheiden von der Gesellschaft kontrahierte Schulden, da nunmehr der Rechtsgrund seiner Einzelhaftung die Zugehörigkeit zur Gesellschaft, nicht mehr besteht. Dieser letzte Satz gilt auch für die sogen. Abwicklungsgeschäfte;[358]) denn wenn diese auch mit auf Rechnung des Ausscheidenden abgeschlossen werden, so tritt doch dem Dritten gegenüber nur die fortgesetzte Gesellschaft, in deren Namen kontrahiert wird, handelnd auf, der Ausgeschiedene hat aufgehört — zum mindesten nach außen hin — Gesellschafter zu sein.[359]) Voraussetzung dabei ist nur, daß die zur Rechtssicherheit vorgeschriebene Eintragung und Publikation ordnungsmäßig erfolgt ist.[360]) Anderenfalls, das heißt, wenn die Gesellschaft mit einem Dritten kontrahierte, der die Tatsache des Ausscheidens weder kannte noch kennen mußte, bleibt die Haftung auch für nach dem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten bestehen. Wird die fortgesetzte Gesellschaft wegen solcher Verbindlichkeiten in Anspruch genommen, so ist sie berechtigt, gegen den Ausscheidenden nach Höhe des ihn treffenden Anteils Regreß zu nehmen. Da es sich hier aber nicht um Ansprüche Dritter gegen die Gesellschaft, sondern um solche der Gesellschafter untereinander handelt, so fallen diese Regreßansprüche nicht unter die fünfjährige Verjährung des § 159 HGB.[361])

2. Wie schon eingangs hervorgehoben, bleibt der Ausgeschiedene für

---

[357]) RG. XI Nr. 24 S. 124 ff.; Weßberge S. 22/23; Staub S. 500 Anm. 1 zu § 159 HGB

[358]) RG. in JurW. XXIX 1900 Nr. 17 S. 663; JurW. XXXI Nr. 10 1902 S. 445; Behrend S. 560 § 27 Anm. 80; v. Hahn § 4 Abs. 2 zu Art. 130 S. 501; Goldmann S. 613 Ziff. 30 Abs. 2; Staub S. 463, Exkurs zu § 141 Anm. 22; 8. Aufl. 534 Anm. 23; Oertmann S. 801 Anm. 1 letzter Abs. zu § 740 BGB.; Staudinger S. 658 Anm. 6 zu § 740 BGB.

[359]) vgl. oben § 20 S. 57 ff.; § 21 S. 66 ff.

[360]) vgl. oben § 14 S. 39 ff.

[361]) ROHG. VIII Nr. 61 S. 247.

vor dem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten dem Dritten haftbar,[362]) er kann nicht etwa verlangen, daß die Gläubiger zunächst ihre Befriedigung im Gesellschaftsvermögen suchen. Diese Fortdauer der Haftung erklärt sich durch die kraft Gesetzes[363]) begründete persönliche Haftung der offenen Handelsgesellschafter für Gesellschaftsschulden. Das einmal begründete Rechtsverhältnis kann aber nicht durch einseitige Akte der Solidarschuldner unter sich gelöst werden. Entgegenstehende Abmachungen der verbleibenden mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter würden unwirksam sein.[364])

Eine Ausnahme wird nur zu machen sein hinsichtlich der sogen. reinen Gesellschaftsschulden, das sind solche, für welche das Gesellschaftsvermögen ausschließlich haftet. Als Beispiele seien dafür genannt: Verbindlichkeiten, bei deren Begründung durch unzweideutige ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit dem Gläubiger die ausschließliche Haftung des Gesellschaftsvermögens bedungen wurde,[365]) oder unter Umständen Schadensersatzforderungen aus § 833 BGB.[366])

Natürlich steht nichts im Wege, daß der Ausgeschiedene aus seiner Haftung durch den Gläubiger selbst entlassen werde.[367])

Wird der Ausgeschiedene aus Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen, so kann er Dritten gegenüber sowohl alle ihm persönlich zustehenden Einreden geltend machen als auch alle diejenigen, die die Gesellschaft dem Dritten gegenüber vorschützen könnte, und zwar in demselben materiellen Umfange wie die Gesellschaft. Solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten und solange der Gläubiger mit seiner Forderung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft aufrechnen kann, kann er die Befriedigung des Gläubigers verweigern.[368]) Würde der Ausgeschiedene mit Erfolg in Anspruch genommen, so kann er gegen die Gesellschaft sowohl wie gegen die einzelnen Gesellschafter Regreß nehmen.[369])

Da dem Ausgeschiedenen jeder Einfluß auf die Geschäftsführung der fortgesetzten Gesellschaft entzogen ist, so würde diese Haftung schwer auf ihn lasten und zu großen Unbilligkeiten führen. Um diese Härte zu mildern hat der Gesetzgeber statt der ordentlichen Verjährung zugunsten des Ausgeschiedenen eine kürzere fünfjährige Verjährung in § 159 HGB. statutiert. Entsprechend diesem Motive tritt dieselbe nur dann ein, wenn der Anspruch gegen den Ausgeschiedenen nicht schon an sich einer kürzeren

[362]) Mot. II S. 632.
[363]) HGB. § 128.
[364]) HGB § 128 Abs. 1 Satz 2.
[365]) Knoke S 79 (519); RG. XII S. 229 f. Nr. 57; vgl. auch RHG. XV S. 18/19.
[366]) Knoke S. 81; Staudinger S. 621 III zu § 714.
[367]) RG. in JurW. XXIX 1900 Nr. 21 S. 157.
[368]) HGB. § 129 Abs. 1 u. 2.
[369]) vgl. oben § 21 S. 60 ff.

Verjährung unterliegt.[370]) Diese Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wurde.[371]) Dagegen ist Publikation dieser Tatsache nicht erforderlich. Soweit der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung fällig wird, beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.[372]) Die Verjährung zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters wird nicht durch Rechtshandlungen unterbrochen, welche gegen die fortbestehende Gesellschaft oder einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden; die die Verjährung unterbrechende Rechtshandlung muß vielmehr gegen ihn selbst gerichtet sein.[373]) Diese in Art. 148 altes HGB. enthaltene Bestimmung ist als entbehrlich im neuen Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden.[374]) Die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung ist nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches[375]) zu beurteilen.

Für den Fall des Konkurses der offenen Handelsgesellschaft stimmte Art. 122 altes HGB., daß die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert zu befriedigen seien, aus dem Privatvermögen der Gesellschafter aber nur wegen des Ausfalles ihre Befriedigung suchen könnten. Nach der Judikatur[376]) war diese Vorschrift auch für die Haftung des Ausgeschiedenen anzuwenden, darnach konnte auch der ausgeschiedene Gesellschafter während des Konkurses der offenen Handelsgesellschaft seine Haftung ablehnen, obgleich er selbst sich nicht in Konkurs befand. Diese Bestimmung ist für das geltende Recht gestrichen worden; auch der Gesellschaftskonkurs macht die Solidarhaftung der Gesellschafter und damit auch des Ausgeschiedenen nicht zu einer subsidiären.

Nur für den Fall des gleichzeitigen Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft und eines Gesellschafters macht § 212 der KO. eine Ausnahme. Wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus der Konkursmasse des betreffenden Gesellschafters suchen will, so stehen ihm zwei Möglichkeiten zu Gebote: entweder er verzichtet ganz auf die Geltendmachung seiner Forderung im Gesellschaftskonkurs, dann kann er die ganze Forderung im Konkurse des Gesellschafters anmelden; oder er will nicht verzichten, dann hat er im Konkurse des Gesellschafters nur ein Recht auf Befriedigung in Höhe des Ausfalles, den er im Gesellschaftskonkurse erleidet. Freilich müssen bis zur endgültigen Festsetzung dieses

---

[370]) HGB. § 159 Abs. 1 a. E.
[371]) HGB. § 159 Abs. 2.
[372]) HGB. § 159 Abs. 3.
[373]) Staub 8. Aufl. S. 578 Anm. 4a zu § 160 HGB.
[374]) Mugdan S. 280, Denkschr. S. 109 a. E.
[375]) BGB. §§ 202 ff.
[376]) ROHG. XV Nr. 60 S. 207; RG. XXXV Nr. 3 S. 10; Seufferts Arch. Bd. 51 Nr. 191 S. 301.

Ausfalles Anteile auf den vollen Betrag im Privatkonkurse zurückgehalten werden. Diese Rechtssätze gelten auch dann, wenn neben dem Gesellschaftskonkurse Konkurs über das Vermögen des Ausgeschiedenen eröffnet wird.[377])

Der Zwangsvergleich, den die nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters in Konkurs verfallene offene Handelsgesellschaft schließt, begrenzt nach der herrschenden Lehre die Haftung des Ausgeschiedenen nicht auf die Akkordquote, er bleibt vielmehr bis zur vollen Höhe verhaftet.[378]) Dasselbe gilt für den Fall, daß bei einer aus zwei Mitgliedern bestehenden offenen Handelsgesellschaft nach Ausscheiden des einen der andere das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernahm.[379])

Der Ausgeschiedene ist hier im Falle der Inanspruchnahme mit seinem Regreßanspruche sehr schlecht gestellt, als er diesen über die Akkordquote hinaus gegen die fortgesetzte Gesellschaft nicht geltend machen kann.[380])

---

[377]) JurW. XXXII 1903 Nr. 5 S. 270 f.

[378]) So RG. Bd. 29 Nr. 11 S. 39; RG. Bd. 56 Nr. 88 S. 366; v. Wilmowski 6. Aufl. S. 549 Anm. 4 zu § 211 KO.; Hinsberg in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 46 S. 82; Lehmann in Bd. 40 S. 464; Staub S. 462 Anm. 12 Exkurs zu § 141; 8. Aufl. S. 490 Anm. 28 zu § 128; Lehmann-Ring S. 314 Nr. 6 zu § 144; dagegen LG. Hamburg in Goldschmidts Zeitschr. f. d ges. HR. Bd. 40 Nr. 68 S. 464; RÖHG. XV Nr. 60 S. 204 ff.; Kohler, Leitfaden S. 195 ff.; Jaeger, Der Konkurs der OH. S. 163 ff.

[379]) Lehmann in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 40 S. 464.

[380]) So Staub 8. Aufl. S. 533 Anm. 12, Exkurs zu § 141 gegen Jaeger, Konkurs der OH. S. 165.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.